Das Mahnverfahren

nach dem Entwurf einer Zivilprozeßordnung von 1931 im Vergleich zum geltenden deutschen, österreichischen und schweizerischen Recht

---

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Universität Freiburg i. B.

vorgelegt von

Johannes Leyser

Referendar in Berlin

1933

Druck der Salesianischen Offizin München

Referent: Prof. Dr. Rudolf Schultz in Freiburg i. B.

Durch die Genehmigung einer Dissertation nimmt die Fakultät nicht Stellung zu den darin ausgesprochenen Anschauungen.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Einleitung.
Umfang und Zweck der Darstellung des Mahnverfahrens 10—12

B. Geschichtliche Grundlagen und Entwicklung des Mahnverfahrens . . . . . 12—21
Altgermanisches und römisches Recht. — Das Verfahren im mittelalterlichen deutschen und italienischen Recht. — Die Rezeption. — Der gemeinrechtliche Mandatsprozeß. — Reichsrechtliche und partikularrechtliche Entwicklung. — Die Landesgesetzgebungen im 19. Jahrhundert. — Die ZPO von 1877 und ihre seitherigen Änderungen. — Der Entwurf einer ZPO (E) von 1931.

C. Das System des Mahnverfahrens im deutschen (E und geltende Fassung), österreichischen u. schweizerischen Recht 22—36

I. Der Kreis der zum Mahnverfahren zugelassenen Ansprüche . . . . . 22—36
Ansprüche auf Zahlung und auf Leistung vertretbarer Sachen. — Grundpfandansprüche. — Ansprüche auf Duldung der Vollstreckung. - Individualleistungsansprüche. — Forderungshöchstgrenze. — Alternative und kumulative Ansprüche. — Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen. — Das Mahnverfahren bei dem Erfordernis öffentlicher oder Auslandszustellung. — Besonderheiten im österreichischen und schweizerischen (eidgenössischen und kantonalen) Recht.

II. Zuständigkeit (sachliche, örtliche, funktionelle). . 36—49

1. Sachliche Zuständigkeit.
Das Mahnverfahren vor den ordentlichen und den Sondergerichten (Konsular-, Arbeits-, Gemeindegerichten). — Betreibungsämter u. Vollstreckungsbehörden im schweizerischen Recht.

2. Örtliche Zuständigkeit.
Die Neugestaltung im E. — Die Entwicklung unter der geltenden ZPO.

3. Funktionelle Zuständigkeit.

III. Der Antrag auf Erlassung des Zahlungsbefehls . . 49—74

1. Seine Inhaltserfordernisse.
Übereinstimmende gesetzliche Bestimmungen. — Praxis. — Neuerungen des E.

2. Form und Wirkung des Antrags auf Erlassung des Zahlungsbefehls.

3. Die gerichtliche Behandlung des Antrags auf Erlassung des Zahlungsbefehls. — Formelle und materielle Prüfung des Antrags. — Rückgabe und Zurückweisung des Antrags. — Neuerungen im E. — Der Zahlungsbefehl über einen Teil des Anspruches und über künftige Ansprüche.

IV. Die Erlassung des Zahlungsbefehls . . . . 74—86
Textliche Fassung des Zahlungsbefehls. — Seine Rechtsnatur. — Neuerungen der Praxis. — Umgestaltung im E. — Rechtsvorschlags- und Zahlungsfrist im schweizerischen Recht.

V. Die Zustellung des Zahlungsbefehls und ihre Wirkungen 87—101
Prozeß- und materiellrechtliche Wirkungen. — Zurücknahme des Antrags. — Einfluß von Tod, Konkurs und anderen Unterbrechungsgründen auf das Mahnverfahren. — Betreibungsferien und Rechtsstillstand im schweizerischen Recht.

VI. Die Widerspruchsfrist . . . . . 101—105

VII. Das Verfahren bei Erhebung von Einwendungen . . 105—141

1. Die Rechtsbehelfe, insbesondere der Widerspruch.
Die Dreiteilung der Rechtsbehelfe im E: Vollstreckungsbeschwerde, Einstellungsantrag, Widerspruch. — Voraussetzungen, Form und Wirkung. — Die Prozeßstrafe bei mißbräuchlicher Erhebung des Widerspruchs. — Gerichtliche Schuldnerschutzmaßnahmen. — Der Widerspruch im geltenden Recht. — Gemeinsame Bestimmungen über Förmlichkeiten des Widerspruchs. — Verzicht und Rücknahme des Widerspruchs. — Der Widerspruch im österreichischen, Rechtsvorschlag und Beschwerde im schweizerischen Recht.

2. Die Überleitung des Mahnverfahrens in das ordentliche Verfahren.
Güte- oder Streitverfahren. — Überleitung von Amts wegen (E) bzw. auf Antrag (geltendes Recht). — Die

Benennung des Streitgerichts. — Der Ergänzungsschriftsatz. — Die Überleitung an das Landgericht, insbesondere die Neuerungen des E. — Mahngesuch und Mahnklage im österreichischen Recht. — Einstellung der Betreibung und Rechtsöffnung im schweizerischen Recht.

VIII. Das Verfahren bei unwidersprochen gebliebenem Zahlungsbefehl . . . . . 141—166
Die Rechtslage nach dem E: Vollstreckbarerklärung von Amts wegen. — Keine Rechtskraft. — Die Einwandsklage nach § 845 E. — Die Wiedereinsetzung gegen Versäumung der Widerspruchsfrist. — Der Vollstreckungsbefehl und seine Ausgestaltung im geltenden Recht, insbesondere Rechtsnatur, Einspruch, Überleitung des Verfahrens, „Prozeßverjährung" nach § 701 ZPO. — Der für vollstreckbar erklärte Zahlungsbefehl im österreichischen und schweizerischen Recht. — Nachträglicher Rechtsvorschlag und Rückforderungsklage im schweizerischen Recht.

IX. Das Urkunden- und Wechselmahnverfahren . . 166—183
Seine grundlegende Neugestaltung im E. — Das Verfahren nach der EntlVO. — Der „beschränkte" Widerspruch. — Zugelassene Einwendungen und Beweismittel. — Die Überleitung in Urkundenprozeß und Mahnverfahren. — Das Mandats- und Wechselverfahren des österreichischen Rechts. — Zahlungsauftrag, Einwendungen, Urteil: Grundsätze des Verfahrens. — Der Zahlungsbefehl in der Wechselbetreibung des schweizerischen Rechts.

X. Das mahnverfahrensähnliche Kündigungs- und Räumungsverfahren . . . . . 183—187
Das Verfahren nach der Nov. zum Mieterschutzgesetz im deutschen, das Verfahren in Bestandsachen im österreichischen Recht.

XI. Zwang zum Mahnverfahren? . . . . . 188—192
Das obligatorische Mahnverfahren nach der EntlVO von 1915. — Der mittelbare Zwang nach dem E (§§ 207 II, 94 II).

XII. Statistische Angaben über das Mahnverfahren . . 192—193
D. Schlußbetrachtung 194

Schrifttumsverzeichnis.

I. Deutschland.

Baumbach: Zivilprozeßordnung (6. Aufl., Berlin 1931).

Briegleb: Einleitung in die Theorie der summarischen Processe (Leipzig 1859).

„ Über executorische Urkunden und Executivproceß (2. Aufl., Stuttgart 1845).

Brunner-Freiherr von Schwerin: Deutsche Rechtsgeschichte (2. Auflage, 1906/1928).

Dersch-Volkmar: Arbeitsgerichtsgesetz (4. Aufl., 1931).

Förster-Kann: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich (3. Auflage, 1913/1926).

Freudenthal-Sauerländer: Zivilprozeßordnung (4. Aufl., München 1926).

Gehlert: Das obligatorische Mahnverfahren (Diss., Leipzig 1921).

Goldschmidt: Zivilprozeßrecht (2. Aufl., Berlin 1932).

Hegler: Das Gemeindegerichtsverfahren in Baden und Württemberg (ArchCivPr 106 S. 52 ff.).

Hellwig: System des deutschen Zivilprozeßrechts (Berlin 1912).

Huth: Das rechtsnotwendige Mahnverfahren nach der EntlVO (Diss., Leipzig 1920).

Kleinfeller: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts (3. Aufl., Berlin 1925).

Kohler: Prozeßrechtliche Forschungen (Berlin 1889).

„ Das Rechtsbot als Urbild des Mahn-, Arrest- und Aufgebotsverfahrens (ArchCivPr 99 S. 284 ff).

Kurtz: Das Mahnverfahren in seiner Neugestaltung und seine Anwendung in der Praxis (Berlin 1911).

Meyerowitz: Das gesamte Miet- und Wohnungsnotrecht (2. Aufl., Berlin 1929).

Mittelstein-Stern: Die Miete nach dem Rechte des Deutschen Reiches (4. Aufl., Berlin 1932).

Richter: Das Mahnverfahren nach dem siebenten Buch der Reichs-Civilprozeßordnung (Hannover 1895).

Rosenberg: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts (3. Aufl., Berlin 1931).

Schalldach: Das gesamte Mahn- und Prozeßverfahren (3. Aufl., 1926).

Rich. Schmidt: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts (2. Aufl., Leipzig 1906).
Schröder-Freiherr von Künssberg: Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte (6. Aufl., Berlin 1922).
Rud. Schultz: Das Verhältnis der Vollstreckungsbeschwerde zu der sofortigen Beschwerde des Vollstreckungsverfahrens (Berlin 1911).
von Seuffert: Kommentar zur Zivilprozeßordnung (11. Aufl., München 1910/1911).
-Walsmann: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 1. Band (12. Aufl., 1932).
Siméon-David: Recht und Rechtsgang im Deutschen Reich (14./15. Auflage, Berlin 1927/1929).
Skedl: Das Mahnverfahren (Leipzig 1891).
Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich (14. Aufl., Tübingen 1928/1929).
Sydow-Busch-Krantz: Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz (19. Aufl., Berlin 1926).

Abkürzungen:

Mot. = Motive zur ZPO von 1877 (Hahn: Materialien zu den Reichsjustizgesetzen).
E = Entwurf einer Zivilprozeßordnung (veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium) Berlin 1931.
GeschO = (Preußische) Geschäftsordnung für die Geschäftsstellen der ordentlichen Gerichte, der Arbeitsgerichte und der Staatsanwaltschaften vom 21. Oktober 1931 (Berlin 1931).

Entscheidungssammlungen und Zeitschriften.

(Anführungen nach Maas-Magnus: Abkürzungsverzeichnis — 2. Aufl., Berlin 1929).

RG = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
ArchCivPr = Archiv für die civilistische Praxis.
ArchBürgR = Archiv für Bürgerliches Recht.
DJZ = Deutsche Juristen-Zeitung.
GruchBeitr = Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts.
JW = Juristische Wochenschrift.
LeipzZ = Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
„Rechtspfleger" = Zeitschrift des Bundes deutscher Justizamtmänner.
ZZP = Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß.
DRZ = Deutsche Richterzeitung.
JurRdsch = Juristische Rundschau.

II. Ausland.

A. Sammelwerke.

Europabuch der Rechtsanwälte und Notare, hsg. von Salaban (1. Aufl., 1926).

Leske-Loewenfeld: Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr. I. Band: Der Zivilprozeß in den europäischen Staaten und ihren Kolonien (2. Aufl., Berlin 1930 ff.).

Möller-Wolff: Handbuch der internationalen Rechtsverfolgung (Berlin 1929).

Rheinstrom: Das Mahnverfahren in den Prozeßrechten Europas (Jahrbuch für den internationalen Rechtsverkehr 1912/13 S. 429 ff.).

B. Einzeldarstellungen (außer den obigen).

1. Österreich.

Baltz-Balzberg: Wie bringe ich meine Außenstände herein? (Graz 1929).

Klein-Engel: Der Zivilprozeß Österreichs (Das Zivilprozeßrecht der Kulturstaaten Bd. III, 1927).

Klein-Schauer: Die Zivilprozeßordnung und die Jurisdiktionsnorm (8. Aufl., Wien 1930).

„ Die Exekutionsordnung (7. Aufl., Wien 1930).

Neumann: Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen (4. Aufl., Wien 1926).

Pollak: System des österreichischen Zivilprozeßrechts (1. Aufl., Wien 1903/1906; 2. Aufl., Wien 1930/1931).

Edler von Rechtenstamm: Die Umgestaltung des Mahnverfahrens (Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart 38, Wien 1911, S. 1 ff.).

Sperl: Lehrbuch der bürgerlichen Rechtspflege (Wien 1925/1928).

Walther-Magyar: Der Kaufmann und Gewerbetreibende ohne Anwalt (Wien 1928).

2. Schweiz.

Fritzsche: Das Rechtsbot, eine Eigentümlichkeit ostschweizerischer Zivilprozesse (Diss., Zürich 1905).

Haab: Vereinfachungen des schweizerischen Betreibungs- und Konkursrechts (Zeitschrift für Schweizerisches Recht NF Bd. 51, 1932, S. 245 a ff.).

Jäger: Das Bundesgesetz betr. Schuldbetreibung und Konkurs (3. Aufl., Zürich 1911 mit 3 Nachträgen „Praxis 1911—1926").

Oser: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd.: Obligationenrecht (Zürich 1915).

Pfenninger: Die Realexekution im schweizerischen Recht (Diss., Zürich 1924).

Schmid: Der Zahlungsbefehl (Abhandlungen zum Schweizerischen Recht NF Bd. 56, Bern 1930).

von Tuhr: Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts (Tübingen 1924/1925).

C. Entscheidungssammlungen.

1. Österreich.

OGH = Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs.

2. Schweiz.

BGE = Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts.

A. Einleitung.

In allen entwickelten Rechtsordnungen ist dem Gläubiger ein Weg zur Verfügung gestellt, sich für einen unbestrittenen Anspruch in einer gegenüber dem ordentlichen Verfahren vereinfachten und beschleunigten Form einen vollstreckbaren Titel zu verschaffen. So ermöglicht es das Versäumnisverfahren dem Gläubiger, gegen einen Schuldner, der sich nicht wehrt, ein Urteil auf Grund seiner einseitigen Behauptungen ohne Schriftsatzwechsel und Beweisaufnahme zu erwirken. Ein solches Verfahren ist bei aller Verschiedenheit im einzelnen allen Kulturrechten bekannt.[1] Aber einmal ist die Erlassung des Versäumnisurteils in manchen Rechten an zeitraubende Förmlichkeiten (z. B. wiederholte Ladung des Beklagten) gebunden; und weiterhin ist das Versäumnisverfahren allgemein durch die Erhebung einer ordnungsmäßigen Klage mit all ihren Kosten und Umständen bedingt. Für unstreitige oder voraussichtlich unbestritten bleibende Forderungen kommt ein einfacheres und billigeres Verfahren den Belangen der Beteiligten mehr entgegen. Auch der Staat hat ein Interesse daran, die Behandlung der einzelnen Sache ihrer Bedeutung und ihrer Schwierigkeit entsprechend ohne Umwege dem für sie als angemessen bestimmten Rechtspflegeorgan (Richterkollegium, Einzelrichter, Friedensrichter oder Rechtspfleger) zuzuweisen. Dem Gedanken eines formloseren, rascheren und billigeren Entscheidungsverfahrens verdanken die Bagatellverfahren für geringwertige Forderungen[2] und die entweder allgemein oder für bestimmte An-

[1] Kohler: Prozeßrechtliche Forschungen S. 1 ff.

[2] In verschiedenen Rechtsordnungen, z. B. Spanien und Portugal, als summarische Verfahren bezeichnet.

spruchsarten zugelassenen beschleunigten oder vereinfachten (summarischen) Verfahrensarten ihre Entstehung. In der Zusammenfassung und Auswertung der dem Versäumnis- und dem summarischen Verfahren zugrundeliegenden Ideen liegt die Bedeutung des Mahnverfahrens.

Das Mahnverfahren, das in den meisten deutschen Partikularrechten auch schon vor Erlaß der geltenden ZPO lange in Geltung war, hat in Deutschland im Laufe der Zeit eine überragende praktische Bedeutung erlangt. Zumal die viel geschmähten Zeiten des obligatorischen Mahnverfahrens (1915—1924) scheinen zur Verankerung der Institution des Mahnverfahrens im Volksbewußtsein beigetragen zu haben. In Preußen hatten sich 1929 die Mahnsachen gegenüber der Vorkriegszeit mehr als verdoppelt, während die Zahl der ordentlichen amtsgerichtlichen Prozesse nur unwesentlich gestiegen war.[3] Weitaus die Mehrzahl aller Rechtssachen wird heute im Mahnverfahren geltend gemacht. Erwartung und Wunsch Konrad Hellwigs, „Das Mahnverfahren an praktischer Bedeutung gewinnen zu sehen" (1912),[4] sind also rasch in Erfüllung gegangen. Seine Feststellung, daß das Mahnverfahren in der literarischen Arbeit zu wenig Beachtung fände, trifft auch heute noch zu. Gegenüber der Unzahl praktischer Reformvorschläge, die ohne Unterlaß über die Ausgestaltung des Mahnverfahrens gemacht werden,[5] ist das besonders erstaunlich. Zur Behebung dieses Mangels beizutragen, ist das Ziel vorliegender Arbeit. In erster Linie soll dabei die Verfahrensgestaltung zur Darstellung kommen, die der Entwurf einer Zivilprozeßordnung von 1931[6] vorsieht. Bei einem vielleicht zuweit gehenden Konservativismus auf den übrigen Gebieten trifft der E auf dem Gebiet des Mahnverfahrens und der Zwangsvollstreckung eine grundsätzliche

---

[3] Näheres unten S. 193.

[4] System II, 1 S. 67.

[5] Man durchblättere nur einmal die einzelnen Jahrgänge des „Rechtspfleger".

[6] Im folgenden abgekürzt E.

Neuordnung. Rein äußerlich betrachtet ist das bisher dem Mahnverfahren gewidmete (7.) Buch in Wegfall gekommen und das Mahnverfahren in das Buch über die Zwangsvollstreckung eingearbeitet worden (§§ 800—812 E). Dieser äußerlichen Änderung liegt ein Umbau des Mahnverfahrens nach seiner Rechtsnatur, seinem Ziel und Zweck zu Grunde. Die Darstellung des Verfahrens nach dem E und seine Vergleichung mit dem geltenden Recht ist daher nicht nur von praktischem, sondern auch von starkem dogmatischem Interesse.

Im folgenden soll zunächst ein kurzer Überblick über die Geschichte des Mahnverfahrens gegeben werden. Im Anschluß daran folgt eine systematische Darstellung des Mahnverfahrens und seiner Einzelbestimmungen nach dem Recht des E in Gegenüberstellung mit dem geltenden deutschen Recht und unter vergleichender Heranziehung des österreichischen und des schweizerischen Rechts. Die gleiche geschichtliche Grundlage und die Bedeutung und Ausgestaltung des Mahnverfahrens in diesen Nachbarrechten des deutschen Rechtskreises drängt zu gemeinsamer Behandlung.

B. Geschichtliche Grundlage und Entwicklung des Mahnverfahrens.

Die historischen Grundlagen des Mahnverfahrens reichen weit zurück.[1] Man hat früher das Mahnverfahren über den bedingten Mandatsprozeß des gemeinrechtlichen Verfahrens auf den römischen Interdiktenprozeß zurückführen wollen. Spätere Forschungen haben die Unhaltbarkeit dieser These gezeigt.[2] Die Grundlagen des Mahnverfahrens sind vielmehr

[1] Der folgende Überblick über die Geschichte des Mahnverfahrens schließt sich im wesentlichen an die ausführliche Darstellung Skedls (S. 3—108) an; kürzerer Auszug bei Richter (S. 1—35), dessen historischer Darstellung allerdings eigener Wert nicht zukommt (dazu Schultzenstein ZZP 21, 130 ff.).

[2] Skedl S. 3 ff. m. Lit.

im germanischen Recht zu suchen, wo uns ein dem Mahnverfahren gleichgestaltetes exekutives Verfahren im fränkischen, langobardischen, sächsischen Recht entgegentritt. Nach dem Amtsrecht der fränkischen Zeit konnte das Königsgericht auf Beschwerde des Petenten jede Sache an sich ziehen;[3] in diesem Fall fertigte der Richter einen indiculus commonitorius aus:[4] einem königlichen Befehl an den Gegner, den Anspruch zu erfüllen oder sich zu bestimmtem Tage vor dem König einzufinden, um sich zu verantworten.[5] Wie die neuesten Forschungen ergeben haben, schließen sich jedoch die fränkischen indiculi commonitorii sachlich und teilweise auch in der Fassung an spätrömische Vorbilder an.[6] Ein ähnliches, wenn auch primitiveres Verfahren als das fränkische tritt uns im frühen sächsischen Verfahren nach der lex salica in der mannitio entgegen. Im Recht des Sachsenspiegels (Anfang des 13. Jahrhunderts) ist dieses Verfahren schon in vervollkommneter Weise geregelt: Bei Schuldklagen gegen nicht Dingpflichtige und vom Gericht Abwesende hat der Richter auf Antrag des Gläubigers gegen den Schuldner den Befehl zu erlassen, binnen 14 Tagen zu zahlen oder die Schuld vor Gericht zu bestreiten. Tut der Schuldner keines von beiden, so wird ohne weitere Verhandlung gegen ihn gepfändet. Die Verwertung des Pfandes darf aber erst nach Ablauf von 6 Wochen, nach dreimaligem gerichtlichem Ausgebot, folgen. Innerhalb dieser Zeit kann der Schuldner noch wirksam Widerspruch erheben. Erst nach Ablauf dieser Frist „sal man dat pant vor de scult utseten oder verkopen".[7]

Hier sehen wir schon die Grundprinzipien des Mahnverfahrens in verfeinerter Form: den bedingten Gerichtsbefehl, sein Vollstreckbarwerden, ein dem Schuldner neben dem

---

[3] Eine Art jus evocandi; Brunner-Frhr. v. Schwerin, Bd. II. S. 186.

[4] S. auch Goldschmidt § 4, 2.

[5] Auch mündlicher Befehl genügte; Schröder-Frhr. v. Künssberg S. 415.

[6] Brunner-Frhr. v. Schwerin Bd. II S. 187 Anm. 27 und 28.

[7] Sachsenspiegel Buch I Art. 70 § 2 (Skedl S. 7—9).

fristgemäßen Widerspruchsrecht gewährter „letzter" Rechtsbehelf. Ein Urteil, Sach- oder Versäumnisurteil, wurde, wie die Glosse ad Landrecht hervorhebt,[8] in dem unanfechtbar gewordenen Befehl nicht erblickt.

Auch in den süddeutschen Rechtsquellen dieser Zeit kehren die Rechtsgrundsätze des Verfahrens nach dem Sachsenspiegel wieder. Einen interessanten Anklang an das heutige Mahnverfahren bietet das Verfahren nach dem Kaiserrecht (1280); hier wird nicht schon aus dem unwidersprochen gebliebenen Gerichtsbefehl Vollstreckung gewährt, sondern erst auf ein weiteres richterliches Erkenntnis, das eine Art Kontumazialerkenntnis darstellt.[9]

In der für den späteren gemeinrechtlichen Prozeß so bedeutungsvollen italienischen Rechtslehre und Praxis bürgerte sich im Laufe des 14. Jahrhunderts ein auf dem Grundgedanken des langobardischen Rechts aufgebautes und dogmatisch dem römischen Recht möglichst angenähertes Verfahren, das praeceptum sine causae cognitione,[10] ein. Die Beifügung der (Verteidigungs- oder Ladungs-) Klausel, der sog. clausula justificativa, wurde für die Gültigkeit des gerichtlichen Befehls als wesentlich angesehen. Das unwidersprochen gebliebene praeceptum galt im übrigen als rechtskräftiger und vollstreckbarer Titel. Die praecepta beschränkten sich nicht auf das Schuldrecht, sondern wurden auch in Besitz- und Pfandstreitigkeiten erlassen.

Diese Rechtsgrundsätze gingen mit der Rezeption Ende des 15. Jahrhunderts in die deutsche Rechtspraxis über. In dieser Reinheit erhielt sich das Verfahren aber nicht lange. Die gemeinrechtliche Praxis vermischte mit der Zeit die Begriffe des praeceptum executivum mit dem im exekutiven Urkundenprozeß, der rein äußerlich dem Mahnverfahren ähnlich ist, zu erlassenden richterlichen Befehl. Beide Richterbefehle wurden als „mandata" begrifflich zusammengefaßt und nur

[8] Skedl S. 10.
[9] Skedl S. 13.
[10] Skedl S. 14, Kleinfeller S. 525.

in Bezug auf die gegen sie zugelassenen Verteidigungsmöglichkeiten als mandata cum clausula (den italienischen praecepta justificativa entsprechend) und mandata sine clausula unterschieden. Beide Verfahrensarten wurden als „Mandatsprozeß" in eine Prozeßform umgewandelt; eine Entwicklung, die zur Zeit des Jüngsten Reichsabschieds vollendet war.[11] Durch diese Vermischung ging der wesentliche Unterschied beider Verfahren: summarische Sachkognition beim mandatum sine clausula, keinerlei Sachkognition beim mandatum cum clausula verloren. Es bildete sich allmählich der Rechtsgrundsatz heraus, daß bei allen Mandaten eine qualis-qualis cognitio zu erfolgen habe. Das führte notwendig zur Herausbildung eines eigenen klausulierten Mandatsprozesses. Dieser gipfelte in der Bestätigung oder Aufhebung des richterlichen Befehls durch Urteil; der Unterschied für beide Mandatsprozeßarten bestand einzig darin, daß in dem Verfahren cum clausula eine „cognitio plena" erfolgte, während in dem Verfahren sine clausula „id, quod ad causam principalem pertineret, nunquam immisceretur",[12] anderweitige Entscheidung im ordentlichen Verfahren also vorbehalten blieb. Ähnlich wurde denn auch das Verfahren durch die damalige Reichsgesetzgebung, die Reichskammergerichtsordnung und die Reichshofratsordnung (1517) geregelt. Die mandata cum clausula bildeten die Regel; ein mandatum sine clausula durfte nur ausnahmsweise — wenn das Klagerecht clarum et certum war — erlassen werden. Den Unterschied zwischen beiden machte die Justifikationsklausel und die demnach zugelassenen Einreden; aber auch dieser Unterschied verwischte sich allmählich in der Praxis.[13]

Das alte Rechtsinstitut des exekutiven germanisch-italienischen richterlichen Leistungsbefehls war damit in der deutschen Reichsgesetzgebung zum Verschwinden gebracht. In den meisten Partikularrechten, die angesichts der zunehmen-

[11] Skedl S. 40; Goldschmidt § 5, 1 b.
[12] Skedl S. 45, insbesondere Anm. 29.
[13] Skedl S. 76 ff.

den Bedeutung der Territorialgewalt zu steigender Bedeutung kamen, wurde das Verfahren nach dem Vorbild der Reichsgesetzgebung geregelt.[14] Verschiedentlich hat sich aber das alte Exekutivverfahren in mehr oder weniger reiner Gestalt erhalten. Von Interesse ist z. B. die Bestimmung des Frankfurter Prozesses (1578), „daß auf des Beklagten eygen Bekanntnuß oder sonst in geringen Sachen Pfändtzettel gebetten vnd erkennet worden",[15] daß die Ausführung der Pfändung aber erst nach Ablauf von 14 Tagen erfolgen dürfte. Hier erscheint erstmals der Gedanke, das Verfahren auf geringwertige Forderungen zu beschränken; ein Gedanke, der sich im Anschluß an eine lange Entwicklung im deutschen Recht heute noch im österreichischen Recht und seinen Tochterrechten erhalten hat.

Für den exekutiven Charakter des Mandats in partikularrechtlichen Verfahrensordnungen spricht auch die häufige Bestimmung, daß die Bewilligung der Urteilsvollstreckung in der Form eines mandatum cum clausula erteilt wird.[16] Ähnlich war bis zum jüngsten Reichsabschied noch die reichsrechtliche Regelung, die zur zwangsweisen Durchsetzung eines Urteils die Erwirkung eines Gebotsbriefs (mit Setzung einer Frist zur freiwilligen Erfüllung) erforderte.[17] Rein exekutiv war das Verfahren in der preußischen Gerichtsordnung (1793) ausgestaltet. Hier war bestimmt (Titel 28 § 15), daß gegen den Schuldner, der gegen einen Zahlungsbefehl innerhalb 14 Tagen keinen Widerspruch erhebt, „nach Ablauf der Frist auf Andringen des Gläubigers sofort mit der Exekution verfahren werden kann". In der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts vollzog sich auch in den übrigen Partikularrechten eine weitgehende Abkehr von dem gemeinrechtlichen klausulierten Mandatsprozeß, die aus der gemeinrechtlichen

---

[14] Richter S. 21.

[15] Skedl S. 91; andere ähnliche Bestimmungen S. 92 ff.

[16] Vgl. dazu die heutige schweiz. Regelung, bei der auch die Urteilsvollstreckung durch Zahlungsbefehl einzuleiten ist.

[17] Pollak ZZP 19, 129.

Doktrin und Praxis herrührenden Grundsätze[18] wurden auch von der Doktrin nicht mehr aufrecht erhalten. So ging die Entwicklung allmählich dahin, daß die Beweis- bzw. Bescheinigungspflicht der „Supplikfakta" verschwand, bei Widerspruch des Schuldners das ordentliche Verfahren, bei mangelndem Widerspruch die Exekution eingeleitet wurde.

In völliger Reinheit, ohne die Irr- und Umwege der gemeinrechtlichen Verfahrensgestaltung, hat sich das altgermanische Mahnverfahren in den innerschweizerischen Gebirgskantonen in Gestalt des Rechtsbotverfahrens entwickelt und bis in die heutige Zeit erhalten.[19] Neben den verbietenden Rechtsboten — Vorläufern des Arrests und der einstweiligen Verfügung — stehen die gebietenden, diese zumal in Gestalt der Zahlungsbote. Diese Bote, die vor der Rezeption in ganz Alemannien bekannt waren,[20] waren zunächst unbedingte Gebote. Sie entwickelten sich erst allmählich zu bedingten; bedingt dadurch, daß der Schuldner nicht innerhalb bestimmter Frist Recht vorschlug. Im übrigen beschränkte sich die Wirkung des Bots darauf, die Vollstreckung zu ermöglichen. Das Problem, ob das Bot durch Fristablauf zu einer rechtskräftigen Feststellung führen könne, ist erst spät aufgetaucht. Und dann ist es von den einzelnen Kantonen verschieden gelöst worden.[21] Das Rechtsbotverfahren ist für die der eidgenössischen Vollstreckung unterliegenden Ansprüche in seinen Grundzügen in das schweizerische Bundesgesetz betr. Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG von 1889) übergegangen; daneben hat sich in einigen Kantonen für die der kantonalen Vollstreckung

---

[18] Über den Stand der gemeinrechtlichen Lehre im 19. Jahrhundert vgl. vor allem Briegleb: Einleitung in die Theorie der summarischen Processe S. 375 ff. und 503 ff.

[19] Fritzsche S. 1 ff.; Kohler, ArchCivPr 49, 285 ff.; Schmid S. 3 ff.

[20] Beispiele bei Kohler a.a.O. S. 287/288.

[21] S. unten S. 165.

unterliegenden Ansprüche ein kantonales Rechtsbotverfahren erhalten.[22]

Im Deutschen Reich ist es im 19. Jahrhundert neben der preußischen Gesetzgebung vor allem die badische (PO von 1831, 1851 und 1869) gewesen, die unter Abkehr von dem gemeinrechtlichen Mandatsprozeß die neuen Grundsätze der Doktrin zur Geltung brachte.[23] In der Frage, ob und inwieweit das unwidersprochene Mandat sofort vollstreckbar und ob es rechtskräftig sei, gingen die Regelungen der einzelnen deutschen Staaten noch weit auseinander. Am weitesten ging in dieser Beziehung die preußische Regelung (VO von 1846),[24] deren Verfahren mit Ablauf der Widerspruchsfrist zu einer unbedingten rechtskräftigen Verurteilung des Schuldners führte; ähnlich Württemberg, das aber als Ausgleich eine Kondiktionsklage auf das zuließ, was der Schuldner auf Grund von Einwendungen dem Gläubiger hätte abstreiten können. Auch Bayern (PO Art. 557 ff) und Österreich (Ges. von 1873) ließen das Verfahren mit dem unwidersprochen gebliebenen, vollstreckbar gewordenen Zahlungsbefehl enden, ohne diesem jedoch ausdrücklich Rechtskraftwirkung beizulegen; in Österreich ist diese Regelung noch heute in Geltung. Dagegen forderte die badische PO von 1864 (§ 643; ebenso der württembergische und der hessische E) nach Ablauf der im Zahlungsbefehl gesetzten Frist einen weiteren Antrag des Klägers, auf Grund dessen dann in Form eines der Rechtskraft fähigen Urteils die Forderung des Klägers der im Zahlungsbefehl erfolgten Androhung gemäß als zugestanden erklärt wurde;[25] gegen dieses Erkenntnis konnte der Beklagte sodann innerhalb kurzer Frist unbedingt, später unter allgemeinen Voraussetzungen „Wiederherstellung" (Wie-

[22] S. unten S. 34.

[23] Mot. S. 375 ff.

[24] Ebenso der sächsische Entwurf; hierzu und zum folgenden Mot. S. 375/6.

[25] Skedl S. 99.

dereinsetzung in den vorigen Stand) verlangen.[26] Nach dem hannoverschen Gesetz von 1852 schließlich, das erstmals den später gebräuchlichen Namen „Mahnverfahren" einführte, wurde der Zahlungsbefehl als einfache gerichtliche Mahnung — mehr der freiwilligen als der streitigen Gerichtsbarkeit angehörend — angesehen; gegen die Vollstreckung des Zahlungsbefehls blieben dem Schuldner hier alle gegen den Anspruch gegebenen Einwendungen vorbehalten. In allen Regelungen war die Zulässigkeit des Verfahrens an eine bestimmte (50—150 Taler), häufig der amtsgerichtlichen Zuständigkeit entsprechende Wertgrenze gebunden. Obligatorisch war das Mahnverfahren nur in einigen Verfahrensregelungen.

Dies war der Stand der Gesetzgebung, als die Bestrebungen nach einer einheitlichen Regelung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zunächst für den Norddeutschen Bund (1869), sodann für das neue Deutsche Reich (1871) zur Vorlage der ersten amtlichen Entwürfe einer gemeindeutschen ZPO führten. Die nach mehrjährigen Beratungen am 30. Januar 1877 mit Gesetzeskraft vollzogene ZPO brachte in ihrer Gestaltung des Mahnverfahrens eine Reihe damals als glücklich empfundener Fortbildungen: die wertmäßig unbeschränkte Zulässigkeit des Verfahrens, die Art der Überleitung des Verfahrens nach erhobenem Widerspruch in das ordentliche Verfahren, das Fehlen jeder Vorschrift, die das Mahnverfahren obligatorisch machte. Andere Vorschriften, so die gegen den Vollstreckungsbefehl unbeschränkt gewährte Möglichkeit des Einspruchs, welcher an die Stelle der in den früheren Gesetzen zugelassenen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand trat, wurden alsbald als bedenklich erkannt.[27] Das Verfahren nach der ZPO ist dann im wesentlichen bis heute unverändert geblieben. Zu erwähnen sind hier die durch

[26] In dieser badischen Regelung ist demnach ein wichtiger Vorläufer von Verfahrensmodalitäten sowohl des geltenden Rechts wie des E zu sehen.

[27] Hellwig S. 68; Skedl S. 106.

die Novelle von 1909 (und das EntlG von 1920) gebrachten Änderungen: die Erweiterung der örtlichen Zuständigkeit, die Vereinfachung des Verfahrens bei erhobenem Widerspruch und die Übertragung der Erlassung zunächst des Vollstreckungs-, dann auch des Zahlungsbefehls auf Urkundsbeamte. Von einschneidender Bedeutung wurde die EntlVO von 1915, die das Mahnverfahren zunächst für alle, dann (1916) nur für die amtsgerichtlichen Sachen obligatorisch machte. Diese Bestimmung zweifelhaften Wertes wurde erst im Jahre 1924 (bzw. 1925) wieder aufgehoben. Ein infolge des obligatorischen Mahnverfahrens für Urkunden- und Wechselsachen eingeführtes besonderes Urkunden- und Wechselmahnverfahren ist auch nach Fortfall des Zwanges zum Mahnverfahren in Geltung geblieben. Trotz seiner ihm anhaftenden Mängel[28] ist es von erheblicher praktischer Bedeutung geworden.

Weitere Änderungen brachte sodann die Einführung des Güteverfahrens im Jahre 1924, mit der die Überleitung des Mahnverfahrens in das ordentliche Verfahren eine neue Regelung fand.

Immerhin ist trotz aller abändernden und ergänzenden Novellierungen die Regelung des Mahnverfahrens seit nunmehr über 50 Jahren nicht nur in ihren Grundzügen, sondern auch in Einzelheiten im wesentlichen unverändert geblieben. Angesichts der Fülle von Reformvorschlägen und der Gesetzgebungsfreudigkeit des Deutschen ein beachtliches Ergebnis und ein Zeichen für die Güte der Regelung.

Eine grundlegende Neuordnung des Mahnverfahrens wird nun erstmals von dem vom Reichsjustizministerium im Jahre 1931 veröffentlichten „Entwurf einer Zivilprozeßordnung" gebracht. Das Mahnverfahren wird in ihm in das völlig umgestaltete Vollstreckungsverfahren eingebaut, es wird zu einem Teil der Vollstreckung:[29] der Vollstreckungseinleitung;

---

[28] Näheres s. unten S. 166.

[29] Der E spricht nicht mehr von „Zwangs"vollstreckung, diesem — wie

aber nicht — wie im schweizerischen Bundesrecht — zu der einzigen Form der Vollstreckungseinleitung, sondern nur zu einer ihrer Möglichkeiten. Das Mahnverfahren führt ferner nicht mehr zu einer rechtskräftigen Entscheidung, sondern nur zu einem Vollstreckungstitel. Mit der Beschränkung der im Mahnverfahren ergehenden Entscheidung auf die Vollstreckungswirkung findet der E, historisch gesehen, den von der geltenden ZPO eingeschlagenen, aber nicht zu Ende gegangenen Weg zurück zu der mittelalterlichen germanisch-italienischen Verfahrensgestaltung. In geltenden außerdeutschen Rechten germanischen Ursprungs[30] stehen dem E heutige Vorbilder einer solchen Regelung zur Seite.

Es sind vor allem praktische Erwägungen, die die Verfasser des E zu dem geschilderten Verfahrensumbau bestimmen.[31] Durch den Verzicht auf eine rechtskraftfähige Entscheidung können zeitraubende und komplizierende Verfahrensbestimmungen in Wegfall kommen. Das Verfahren kann schleuniger, einfacher und schneidiger gestaltet werden.

Die im geltenden Recht umstrittene Frage, ob das Mahnverfahren („als besondere Einleitungsform") der Zwangsvollstreckung zugerechnet werden könne[32] oder eine besondere — summarische — Verfahrensart[33] sei, kann nach dem E nicht zweifelhaft sein: das Mahnverfahren ist wieder ein Teil des Vollstreckungsverfahrens. Es dient, wie § 800 E sagt, „zur Vollstreckung von Ansprüchen", d. h. ihrer Verwirklichung durch staatlichen Zwang.[34]

Baumbach (Grundzüge 1 vor § 700) sagt — „Bombast" von Wort, einer „gedankenlosen Übersetzung der exécution forcée".

[30] Schweiz und Schweden.

[31] E. S. 464.

[32] Rich. Schmidt S. 600; Skedl S. 116 ff., (ausführlich) Gehlert S. 2 ff.; gegen diese Meinung spricht allerdings die Ausgestaltung des Vollstreckungsbefehles zu einer rechtskraftfähigen, urteilsmäßigen Entscheidung.

[33] H. M.; s. Seuffert 1 vor § 688; wegen der übrigen Konstruktionen vgl. Rich. Schmidt S. 608 Anm. 2.

[34] Definition von Rud. Schultz S. 161.

C. Das System des Mahnverfahrens im deutschen (E und geltende Fassung), österreichischen und schweizerischen Recht.

I. Der Kreis der zum Mahnverfahren zugelassenen Ansprüche.

Der Kreis der zum Mahnverfahren zugelassenen Ansprüche wird vom E gegenüber dem geltenden Recht weder geändert noch erweitert. Nur bezüglich befristeter Ansprüche wird in gewissem Umfang durch die Vorschrift des § 804 E die Erlassung des Zahlungsbefehls auch vor Eintritt des Fälligkeitstermins ermöglicht. Zum Mahnverfahren geeignet sind in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht alle Ansprüche, die auf Geldzahlung oder auf Leistung anderer vertretbarer Sachen oder Wertpapiere gerichtet sind (§ 800 E = § 688 ZPO[1]). Geldansprüche sind Ansprüche, die auf Bezahlung eines bestimmten Geldwertes gehen. Darunter fallen also hier nicht nur die Ansprüche auf Zahlung von Geldschulden in Reichswährung, sondern auch die Ansprüche auf Zahlung von Geldschulden in ausländischer Währung (§ 244 BGB) sowie die Ansprüche auf Zahlung von Geldschulden in einer bestimmten Münzsorte.[2] Der Begriff der vertretbaren Sachen ergibt sich aus § 91 BGB; danach sind vertretbar solche beweglichen Sachen, die im Verkehr nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen. Die Wertpapiere sind, wohl im Anschluß an § 362 HGB,[3] besonders hervorgehoben; auch für sie gilt das Erfordernis der Vertretbarkeit. Ansprüche auf Leistung individuell bestimmter Wertpapiere, z. B. aus dem Nummernverzeichnis einer Bank,[4] können daher im Mahnverfahren nicht geltend gemacht werden.

---

[1] „ZPO" wird im folgenden die ZPO der geltenden Fassung, „E" die ZPO nach dem Entwurf abgekürzt.

[2] Seuffert § 592 2b β; Stein-Jonas § 592 III 1.

[3] Stein-Jonas § 592 III 1.

[4] Baumbach § 592 2 B.

Nach der Vorschrift des § 800 S. 2 E = § 688 I S. 2 ZPO gilt als ein Anspruch, welcher die Zahlung einer Geldsumme zum Gegenstand hat, auch der Anspruch auf einer Hypothek, einer Grundschuld oder einer Rentenschuld. Die nicht mitaufgeführten Ansprüche aus Reallasten sind bei geeignetem Gegenstande schon gemäß § 1107 BGB nach der allgemeinen Vorschrift als Zahlungs- bzw. Leistungsansprüche anzusehen. Der gesetzgeberische Gedanke, Grundpfandansprüche, auch soweit sie — wie im Falle der Grundschuld — reine Haftungsansprüche sind, wegen ihrer wirtschaftlichen Verwandtschaft mit Zahlungs- bzw. Leistungsansprüchen zum Mahnverfahren zuzulassen,[5] hat zu der analogen Ausdehnung dieses Gedankens auf andere Haftungsansprüche geführt. Zu diesen gehören die Ansprüche auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut (§ 739 ZPO) bzw. Gesamtgut (§ 741 ZPO), in das dem Nießbrauch unterliegende Vermögen (§ 737 ZPO), in die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Gegenstände (§ 748 II ZPO), in das übernommene Vermögen im Falle des § 419 BGB und ähnliche Fälle. Zwar haftet der in Anspruch Genommene entweder nur mit fremdem Vermögen oder beschränkt mit eigenem; das hindert aber nicht die Geltendmachung der Ansprüche im Mahnverfahren. Auf diesen Standpunkt hat sich die Rechtssprechung und der überwiegende Teil des Schrifttums m. R. gestellt.[6] Der E bringt zwecks Klarstellung dieser Rechtslage die ausdrückliche Vorschrift, daß Ansprüche auf Duldung der Vollstreckung im Mahnverfahren zugelassen sind. Liegen bezüglich des Duldungsanspruchs die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit einer besonderen Mahnverfahrensart, des Urkunden- oder Wechselmahnverfahrens, vor, so kann auch ein Urkunden- oder Wechselzahlungsbefehl erlassen werden. Liegen diese Voraussetzungen nur hinsicht-

---

[5] Diese Zulassung ist erst mit der Einfügung von S. 2 in § 688 I ZPO durch die Nov. von 1898 erfolgt.

[6] RG 50, 51; Stein-Jonas § 688 I 1; Rosenberg § 166 II 1.

lich des Zahlungsanspruches gegen den Zahlungsverpflichteten, nicht aber hinsichtlich des Duldungsanspruches gegen den Duldungsverpflichteten vor, so ist ein Urkunden- oder Wechselzahlungsbefehl gegen diesen nicht zulässig. Wohl hat das Reichsgericht[7] und ihm sich anschließend ein Teil der Rechtsprechung[8] und des Schrifttums[9] aus dem Gedanken der Akzessorietät des Duldungs- gegenüber dem Zahlungsanspruch heraus die Klage im Wechselprozeß gegen einen Ehemann, der auf Duldung der Zwangsvollstreckung wegen einer gegen die Ehefrau gerichteten Wechselforderung verklagt worden war, für statthaft erklärt. Eine solche Akzessorietät findet aber im Gesetz keine Stütze; es ist deshalb auch ein Urkunden- oder Wechselzahlungsbefehl auf Duldung der Zwangsvollstreckung nur als statthaft anzusehen, wenn bezüglich des Duldungsanspruchs die besonderen Verfahrensvoraussetzungen vorliegen. Für andere als die angeführten Ansprüche ist das Mahnverfahren, in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht, nicht zugelassen, so insbesondere nicht für Ansprüche auf Hinterlegung zur Schuldtilgung und für Ansprüche auf Sicherheitsleistung. Das Reichsgericht[10] hat für den gleichgelagerten Fall des Urkundenprozesses betont, daß der Begriff „Zahlung einer bestimmten Geldsumme" in § 592 (entsprechend § 688 ZPO) im streng materiell-rechtlichem Sinne einer Leistung an den Gläubiger selbst oder einen ihn vertretenden Dritten auszulegen sei. Das Moment der Schuldbefreiung in der Person des Schuldners sei nicht entscheidend, so lange die Befriedigung des Gläubigers noch ausstehe. Das Reichsgericht[10] verweist als gesetzliche Ausnahme von dieser Regel auf die Zulassung und Regelung des im Wechselprozeß durchsetzbaren Anspruchs auf Sicherheitsleistung (WO Art. 25—27, 29). Der Standpunkt des Reichsgerichts ist für die im geltenden

[7] RG 50, 51.

[8] S. bei Stein-Jonas Anm. 48 zu § 52.

[9] Prost „Rechtspfleger" 1928, S. 115.

[10] WarnRspr 17, 155; Rosenberg § 164 II 1 a.

Recht — und damit auch für die im E — getroffene Regelung begründet.

Ein wirtschaftliches Bedürfnis, Ansprüche auf Sicherheitsleistung — wie es im schweizerischen Recht (Art. 38 SchKG) geschehen ist — zum Mahnverfahren zuzulassen, ist auch bisher nicht zu Tage getreten. Auch für den Anspruch auf Befreiung von einer Schuld hat das Reichsgericht ausgesprochen,[11] daß er nicht unter die Zahlungs- und Leistungsansprüche des insoweit dem § 688 entsprechenden § 592 ZPO falle. Mag auch der wirtschaftliche Erfolg für den Gläubiger der gleiche sein wie beim Anspruch auf Zahlung, so ist doch (wie auch beim Anspruch auf Sicherheitsleistung[12]) der Schuldner schon vollstreckungsrechtlich in wesentlich anderer Lage, je nachdem, ob gegen ihn wegen einer Geldforderung (nach § 803 ff. ZPO) oder auf Vornahme einer Handlung (nach §§ 887 bis 891 ZPO) vollstreckt wird. Es ist befürwortet worden, das Mahnverfahren zum mindesten auf alle obligatorischen Ansprüche auszudehnen, sofern nach den Behauptungen des Gläubigers Richtigkeit, Gegenstand und Höhe der Forderung sich mit Bestimmtheit feststellen lassen.[13] Eine Erweiterung des Kreises der mahnfähigen Ansprüche ist aber m. E. nur für gewisse typische Ansprüche, wie Herausgabeansprüche,[14] erwägenswert. Bei dem heutigen Umfang der Sachmiet- und Abzahlungskaufgeschäfte könnte durch Zulassung des Mahnverfahrens für Herausgabeansprüche einem berechtigten wirtschaftlichen Interesse des Gläubigers entsprochen werden. Die Verfasser des E[15] haben jede Erweiterung des Kreises der zum Mahnverfahren zugelassenen Ansprüche aus der praktischen Erwägung abgelehnt, daß andere als Geld- und ihnen gleichgestellte Ansprüche

[11] RG 104, 34.

[12] Anders die Schweiz, die für Zahlungs- und Sicherheitsleistungsansprüche die gleiche Vollstreckungsart zuläßt.

[13] Skedl S. 178.

[14] Befürwortet von Rosenberg DJZ 1932, 45.

[15] E S. 411.

zahlenmäßig nicht ins Gewicht fielen und außerdem tiefgreifende Verfahrensänderungen veranlassen würden. Hinsichtlich der Ansprüche auf Herausgabe beweglicher Sachen scheinen beide Gründe einer Überprüfung wert.

Alternative Ansprüche kann der Gläubiger nur dann im Mahnverfahren geltend machen, wenn alle alternativ geschuldeten Leistungen dem Erfordernis des § 800 E (§ 688 ZPO) genügen, d. h. in einer bestimmten Geldsumme oder in einer bestimmten Menge anderer vertretbarer Sachen oder Wertpapiere bestehen; ob dem Gläubiger oder dem Schuldner das Wahlrecht zusteht, ist gleichgültig.[16] Das von Prost zur Begründung seiner Gegenmeinung angeführte Beispiel liegt neben der Sache, da es sich in diesem Falle um einen alternativ geltend gemachten Zahlungs- und Herausgabeanspruch handelt — also ein unbestritten unzulässiges Verfahren.

Mehrere gegen denselben Schuldner gerichtete, wenn auch auf verschiedenen Rechtsgründen beruhende Ansprüche können dann in einem Zahlungsbefehl verbunden werden, wenn für sämtliche Ansprüche dasselbe Amtsgericht zuständig und dieselbe Prozeßart zulässig ist.[17] Ebenso ist eine subjektive Klagenhäufung nach §§ 62, 63 E (§§ 59, 60 ZPO) aktiv und passiv statthaft, wenn sich sämtliche Ansprüche für das Mahnverfahren eignen.[18] Macht andrerseits der Gläubiger einen Anspruch in mehreren selbständigen Teilgesuchen geltend, so ist eine Verbindung durch das Gericht nach § 245 E = § 147 ZPO nicht statthaft, weil diese eine mündliche Verhandlung voraussetzt.

Das Mahnverfahren ist für Ansprüche in jeder Höhe zugelassen. Der gesetzgeberische Gedanke, für voraussichtlich unbestritten bleibende Ansprüche ein besonderes, einfaches, rasches und billiges Verfahren zur Verfügung zu stellen,

---

[16] H. M.; s. Stein-Jonas § 688 I 1, § 592 III 3; a. A. Prost „Rechtspfleger" 1928, 19.

[17] Prost a. a. O.

[18] H. M.; s. Stein-Jonas § 688 III a. E.

rechtfertigt auch keinerlei Beschränkung des Verfahrens auf geringwertige Ansprüche.

Das Mahnverfahren ist unzulässig, wenn nach dem Inhalt des Antrags auf Erlassung des Zahlungsbefehls die Geltendmachung des Anspruchs von einer noch nicht erfolgten Gegenleistung abhängig ist.[19] Der E enthält zwar im Gegensatz zum geltenden Recht (§ 688 II) eine ausdrückliche Bestimmung dieses Inhalts nicht, aber eine Änderung der bisherigen Rechtslage scheint damit nicht beabsichtigt.[20] Zwar ist nach dem E bei gegenseitigen Verträgen Verurteilung eines Schuldners ohne vorausgegangene Gegenleistung möglich (§§ 292, 797 III), aber dieses Urteil geht nicht auf Leistung schlechthin, sondern auf Leistung Zug um Zug gegen Empfang der Gegenleistung. Ein Zahlungs- oder Vollstreckungsbefehl in dieser Form erscheint aber mangels ausdrücklicher Zulassung ausgeschlossen. Man wird vielmehr den § 804 S. 2, nach welchem ein Zahlungsbefehl nicht ergehen soll, wenn eine Bedingung aussteht, auch auf den Fall, der dem Gläubiger obliegenden und noch nicht bewirkten Gegenleistung beziehen müssen.[21] Immerhin bleiben bei der exakten Terminologie des E, der z. B. im § 797 Bedingung und Ausstehen der Zug um Zug zu erbringenden Leistung gesondert regelt, Bedenken über die Absicht seiner Verfasser zu dieser Frage bestehen.

Ist die Geltendmachung des Anspruchs von einer noch nicht erfolgten Gegenleistung abhängig, so ist es nach geltendem Recht — und dasselbe wird, wie ausgeführt, für den E gelten müssen — gleichgültig, ob der Gläubiger vorzuleisten hat, oder die nicht erfolgte Gegenleistung durch Einrede geltend zu machen ist, wie nach §§ 320 und 322 BGB.[22] Zwar

---

[19] Im hannoverschen und sächsischen E war das Mahnverfahren auch in diesem Fall zugelassen, ebenso der Bagatellprozeß in der preußischen Praxis (Mot. S. 380 Anm. 7).

[20] Kisch LeipzZ 1932, S. 1354 ff.

[21] Kisch S. 1355; vgl. auch E S. 477.

[22] Stein-Jonas § 688 I 4.

gehört nach §§ 322 BGB, 253 ZPO zum Klagegrund bei einer Klage aus gegenseitigem Vertrag nicht die Behauptung, daß der Kläger die ihm obliegende Leistung bewirkt oder angeboten habe. Für das Gebiet des Mahnverfahrens ist aber in der Erwägung, schwierige Rechtsverhältnisse diesem Verfahren seiner Bestimmung gemäß fernzuhalten,[23] die Angabe der geschehenen Gegenleistung zu einer Voraussetzung einer dem Antragsteller günstigen Entscheidung gemacht. Beweis oder Glaubhaftmachung dieser Angabe ist dem Grundsatz des Mahnverfahrens entsprechend nicht erfordert. Andererseits genügt nicht das bloße Angebot der Gegenleistung,[24] wie es nach einigen partikularrechtlichen Entwürfen[25] vor Inkrafttreten der geltenden ZPO mit der Maßgabe zugelassen war, daß dem Schuldner im Zahlungsbefehl die Leistung nur gegen Empfang der Gegenleistung aufgegeben wurde. Bei den unvollkommen gegenseitigen Verträgen ist das Mahnverfahren nur dann ausgeschlossen, wenn aus dem Antrag selbst hervorgeht, daß der Gläubiger zu einer Gegenleistung Zug um Zug verpflichtet ist. Die Pflicht des Gläubigers zur Ausstellung einer Quittung, zur Rückgabe des Schuldscheins oder Wechsels oder zur Einwilligung in die Löschung der Hypothek stellt eine solche Verpflichtung nicht dar.[26]

Das Mahnverfahren findet ferner nach geltendem Recht auch dann nicht statt, wenn die Zustellung des Zahlungsbefehls im Ausland oder durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen müßte. Der E hat diese Vorschrift nicht übernommen, aber andererseits die öffentliche oder Auslandszustellung des Zahlungsbefehls für unwirksam erklärt. Ein Zahlungsbefehl gegen einen Schuldner mit unbekanntem oder ausländischem Wohnsitz kann deshalb nach dem E erlassen, wenn auch während des Vorliegens dieser Voraussetzungen

---

[23] Mot. S. 380.

[24] Stein-Jonas a. a. O.

[25] Sächsischer E (§ 746), hannoverscher E (§§ 498, 500).

[26] Skedl S. 111; Stein-Jonas § 688 I 4 a. E.; Seuffert § 688 2.

nicht zugestellt werden.[27] Liegen die Voraussetzungen der öffentlichen oder Auslandszustellung nur bei einem von mehreren auf der Schuldnerseite stehenden Streitgenossen vor, so ist bei einfacher Streitgenossenschaft die Zustellung gegen die übrigen möglich, bei notwendiger Streitgenossenschaft — weil in der Person eines Schuldners unzulässig — gegen alle Schuldner unzulässig.[28]

In Österreich — Gesetz über das Mahnverfahren (GesMV) vom 27. April 1873, aufrecht erhalten durch das Einführungsgesetz zur ZPO Art. XXVIII — sind Gegenstand des Mahnverfahrens wie nach deutschem Recht Forderungen auf Geld oder andere vertretbare Sachen. Diese Forderungen können aber nur dann im Mahnverfahren geltend gemacht werden, wenn ihr Wert eine bestimmte Höchstgrenze nicht überschreitet. Diese Grenze lag ursprünglich bei 200 fl. = 400 Kronen; erst die I. GerEntlNov (1914) hat eine Erhöhung auf 1000 Kronen, die Wertgrenze der bezirksgerichtlichen Zuständigkeit gebracht. Durch die StreitwertNov vom Jahre 1923 (Ges. v. 21. Dezember 1923, Art. I) sind dann beide, der Währungsumstellung ziemlich genau entsprechend, auf 1500 Schilling festgesetzt worden. Seit langem sind Bestrebungen im Gange, der deutschen Regelung entsprechend jede Wertgrenze fallen zu lassen.[29]

Aber auch abgesehen von der festgesetzten Forderungshöchstgrenze bestehen im österreichischen Recht eine Reihe weiterer Abweichungen gegenüber dem deutschen Recht. So muß der Gläubiger einer Forderung auf Leistung vertretbarer Sachen in dem Gesuch um Erlassung des Zahlungsbefehls den Geldbetrag bezeichnen, den er anstatt der vertretbaren Sachen anzunehmen bereit ist. Die Angabe des Ersatzgeldbetrages wird, wie später darzustellen ist, als wesentliches Gültigkeitserfordernis eines auf Leistung vertretbarer Sachen

[27] Näheres s. unten S. 88/89.

[28] Gehlert S. 28, s. auch S. 40.

[29] Edler v. Rechtenstamm (Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht Bd. 38) S. 1.

gerichteten Zahlungsbefehls angesehen.[30] — Ausgeschlossen vom Mahnverfahren sind ferner nach ausdrücklicher Vorschrift (§ 1 II GesMV) Forderungen aus Wechseln und — sinngemäßerweise — aus Schecks.[31] Dem deutschen Recht ist eine solche Beschränkung nicht bekannt. Zuzugeben ist, daß neben Wechselprozeß[32] und Wechselmahnverfahren das gewöhnliche Mahnverfahren in Wechselsachen wohl nur äußerst selten Anwendung findet.

Weiterhin ist nach § 1 das Mahnverfahren nur zulässig für Forderungen gegen den „persönlichen Schuldner". Forderungen gegen Bürgen oder gegen Eigentümer verpfändeter Gegenstände auf Befriedigung aus diesen Gegenständen (insbesondere Hypothekenforderungen)[33] können also nicht im Weg des Mahnverfahrens geltend gemacht werden.

Für die dargestellten Einschränkungen des Kreises der zum Mahnverfahren geeigneten Forderungen wird von der österreichischen Rechtslehre[34] als Grund angeführt, daß dadurch die Gefährlichkeit des Mahnverfahrens vermindert würde. Zu beachten ist dabei die gegenüber dem deutschen schärfere Ausgestaltung des österreichischen Mahnverfahrens. Im einzelnen scheint mir für die Angabe des Ersatzgeldbetrages bei Forderungen auf Leistung vertretbarer Sachen der Gedanke einer schuldnerfreundlichen Leistungsänderung und fürsorglichen Vollstreckungserleichterung maßgebend zu sein, während der Ausschluß der Bürgschafts- und Hypothekenforderungen eher auf dem Interesse an der Fern-

---

[30] Pollak, System S. 760.

[31] Pollak S. 760; Sperl S. 555.

[32] Für den früheren Rechtszustand: Hellwig § 253 III 1 b.

[33] Rosenberg bei Rheinstrom S. 429.

[34] Pollak S. 760.

haltung rechtlich schwieriger Sachen vom Mahnverfahren beruht.

Eine alternative Verbindung von Ansprüchen, die im Mahnverfahren geltend gemacht werden können, dürfte wie im deutschen Recht zulässig sein. Die Analogie zu der gesetzlich vorgeschriebenen Ersatzzahlungsbefugnis des Schuldners bei Ansprüchen auf Leistung vertretbarer Sachen erscheint geboten. Die Ersatzzahlungsbefugnis des Schuldners nach §§ 6 Ziff. 3—4 III ist im übrigen m.E. als gesetzliche facultas alternativa des Schuldners anzusehen.

Ein einziger Zahlungsbefehl kann gemäß § 4 IV wegen mehrerer Forderungen auch dann erlassen werden, wenn die Forderungen nicht in tatsächlichem oder rechtlichem Zusammenhange stehen.[35] Das Erfordernis gleicher Gerichtszuständigkeit und gleicher Prozeßart für die Einzelforderungen ist nicht ausdrücklich ausgesprochen, aber aus dem gesetzlichen Zusammenhang zu entnehmen.

In Übereinstimmung mit dem deutschen Recht können Forderungen, deren Geltendmachung von einer noch nicht erfolgten Gegenleistung abhängig ist, im Mahnverfahren nicht verfolgt werden. Gemäß § 5 II GesMV ist das Gesuch um Erlassung des bedingten Zahlungsbefehls zurückzuweisen, wenn sich aus den Angaben des Gesuchstellers ergibt, daß die Forderung noch durch eine Gegenleistung bedingt ist.

Bis zur I. GerEntlNov von 1914 war die Erlassung des Zahlungsbefehls ausgeschlossen, wenn der Schuldner unbekannten Aufenthalts war oder die Zustellung an ihn außerhalb des Sprengels des zuständigen Gerichts zu erfolgen hätte. Durch die Nov von 1914 wurde die zweite Alternative aufgehoben.

---

[35] Sperl S. 155.

Erfordernis der Auslandszustellung ist demnach kein Verfahrenshindernis mehr.

In der Schweiz ist der Zahlungsbefehl nach der bundesgesetzlichen Regelung nur wegen Geldforderungen und Sicherheitsleistungen zugelassen (SchKG Art. 69 II Ziff. 3, Art. 38). Jede Vollstreckung wegen dieser Leistungen (Betreibung i. S. des SchKG) wird durch Zahlungsbefehl eingeleitet, mag auch ein vollstreckbares Urteil über die Forderung vorliegen. Für diesen Fall nähert sich der Zahlungsbefehl seinem praktischen Gehalt nach der Zahlungsaufforderung in den romanischen Vollstreckungsrechten (dem commandement des französischen, dem precetto des italienischen Rechts). Diese Regelung beruht auf der scharfen Trennung von Gerichts- und Betreibungsbehörden in der Schweiz. Im übrigen ist ebenso wie für die Vollstreckung anderer als Zahlungs- und Sicherstellungsansprüche so auch für die Einleitung ihrer Vollstreckung durch ein dem Zahlungsbefehl entsprechendes Befehlsverfahren die kantonale Regelung zuständig.[36] In einer Reihe mittel- und ostschweizerischer Gebirgskantone ist ein solches Befehls- (sog. Rechtsbot- oder Amtsbot)verfahren noch heute in Geltung.

Die Geldforderung, die im Zahlungsbefehl nach SchKG geltend gemacht werden kann, muß in Schweizerwährung ausgedrückt sein.[37] Diese Regelung beruht auf vollstreckungsrechtlichen Zweckmäßigkeitsrücksichten. Eine Novation der geltend gemachten fremdvalutarischen Forderung tritt damit nicht ein, die Umrechnung trifft nur die zwangsweise Durchsetzung der Forderung;[38] dem Schuldner einer in fremder Währung zu zahlenden Forderung steht trotz der Umrechnung in Schweizerwährung im Zahlungsbefehl doch die Berechtigung zu, direkt an den Gläubiger in fremder Währung zu zahlen und sich dadurch zu befreien. Als für die Umrechnung maßgebender Zeitpunkt wird von der neueren Praxis

[36] Jäger, Nachtrag I Art. 38 Nr. 3.

[37] Jäger I Art. 67 Nr. 16.

[38] Schmid S. 19; Jäger, Nachtrag III Art. 67 Nr. 16.

des Bundesgerichts[39] der der Anhebung der Betreibung angesehen; diese erfolgt gemäß Art. 67 SchKG durch Einreichung des Betreibungsbegehrens. Die Umrechnung zum Kurs des Zahlungs-[40] bzw. Verteilungstages, die einzig und allein eine Schädigung des Gläubigers ausschließen würde, wird aus praktischen Erwägungen abgelehnt. Natürlich bleibt es dem Gläubiger vorbehalten, einen etwaigen durch eine zwischen Stellung des Betreibungsbegehrens und Befriedigung erfolgte Kurserhöhung erlittenen Ausfall durch eine neue Betreibung einzufordern. Dem die Betreibung auf Sicherheitsleistung einleitenden Zahlungsbefehl auf Sicherheitsleistung kann durch Bezahlung der entsprechenden Geldsumme oder auf andere, gegebenenfalls der Entscheidung des Richters überlassenen, Weise Genüge geschehen.[41] Die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung kann im eidgenössischen oder im kantonalen (hauptsächlich Prozeß-) Recht oder durch Vertrag begründet sein. Wo die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung in ganz bestimmter Frist und bestimmter Form — z. B. in Werttiteln, durch Bürgschaft — besteht, kann daneben auch die Vollstreckung nach den kantonalen Prozeßrechten auf dem Wege des Befehlsverfahrens als Anspruch auf Realerfüllung verlangt werden.[42]

Für (faust- oder grund)pfandgesicherte Ansprüche ist in der Betreibung auf Pfandverwertung (Art. 151 ff. SchKG) das Verfahren besonders geregelt. Gemäß Art. 37 fallen unter Grundpfandrechte auch die Forderungen aus Grundlasten (Reallasten im Sinne des BGB), unter Faustpfandrechte auch Retentionsrechte. Damit ist für alle dinglichen Haftungsansprüche eine einheitliche Regelung getroffen.[43] Bei der Betreibung einer Ehefrau für Schulden, für die das eingebrachte Gut haftet, wird nach der neueren Praxis der schweizeri-

[39] BGE 51[3], 49; Schmid S. 21; Jäger a. a. O.

[40] So die deutsche vollstreckungsrechtliche Regelung.

[41] BGE 31[1], 84.

[42] Jäger I. u. Nachtrag III Art. 38 Nr. 3.

[43] Wegen Einzelheiten wird auf Schmid S. 146 ff. verwiesen.

schen Betreibungsbehörden die Ehefrau als Betreibungspartei, der Ehemann als Nebenbeteiligter behandelt. Beide werden aber — ebenso wie bei pfandgesicherten Forderungen Schuldner und Dritteigentümer — als Verfahrensberechtigte bei Zustellung und Rechtsvorschlag behandelt. Ohne die deutsche Regelung des gegen den Ehemann zu richtenden Duldungsanspruchs zu übernehmen, hat das schweizerische auf einfachem Wege eine im Ergebnis der deutschen ähnliche Lösung gefunden.[43]

In den Kantonen, die ein Rechtsbotverfahren kennen — die beiden Appenzell (Inner-Rhoden und Außer-Rhoden) und St. Gallen — sind mit ganz geringen Ausnahmen alle nicht dem eidgenössischen Betreibungsrecht unterfallenden Ansprüche mittels Rechtsbot geltend zu machen. Nach der gesetzlichen Definition[44] wird durch das Rechtsbot „jemand aufgefordert, etwas zu tun oder zu unterlassen, zu leisten oder zuzugeben, überhaupt Rechte einzuräumen, oder Rechtspflichten zu erfüllen". Außer sämtlichen obligatorischen (Leistungs-, Duldungs-, Unterlassungsansprüchen) werden dingliche, ja auch familien- und erbrechtliche Ansprüche mittels Rechtsbot verfolgt. Gerade in den beiden Appenzell, dünn besiedelten ländlichen Kantonen, soll sich das Rechtsbot durch seine einschränkungslose Zulassung als ungemein anpassungsfähig erwiesen haben.[45] Ausgeschlossen vom Rechtsbotverfahren sind vor allem gewisse familienrechtliche (Ehescheidungs- und Vormundschafts-)Ansprüche.[46]

Dem schweizerischen Bundesrecht ist eine alternative Verbindung der einzig im SchKG zugelassenen Ansprüche auf

---

[43] Wegen Einzelheiten wird auf Schmid S. 146 ff. verwiesen.

[44] ZPO von Appenzell Außer-Rhoden (App. A. Rh.) Art. 2 II, Gesetz über die Zivilrechtspflege von St. Gallen (St. Gallen) Art. 278 I.

[45] Fritzsche S. 49, vgl. auch das kuriose Beispiel S. 62 unten.

[46] App. A.-Rh. Art. 75 ff.; in App. I.-Rh. auch „Injurienklagen" (Art. 24); Fritzsche S. 48.

Zahlung und Sicherheitsleistung nicht bekannt. In den kantonalen Rechtsbotverfahren dagegen scheint eine alternative Verbindung von Ansprüchen grundsätzlich zulässig.[47]

Die Verbindung mehrerer Forderungen in einem Zahlungsbefehl bzw. Rechtsbot ist zulässig; die „Forderungssumme" kann, wie Art. 67 Ziff. 3 SchKG ausdrücklich bestimmt, „sich aus mehreren Einzelforderungen zusammensetzen". Der Gläubiger kann auch, wie das Bundesgericht ausgesprochen hat,[48] nicht verhalten werden, für jede Forderung einen besonderen Zahlungsbefehl zu erwirken. Da jeder Schuldner nur einen Betreibungsgerichtsstand hat, erübrigt sich ein Ausspruch darüber, daß für die Einzelforderungen die gleiche gerichtliche Zuständigkeit gegeben sein müsse.

Irgend eine Wertgrenze für das Zahlungsbefehls- bzw. Rechtsbotverfahren besteht im schweizerischen Recht nicht.

Über die Behandlung von Ansprüchen, die noch von einer Gegenleistung abhängen, trifft das SchKG keine Bestimmung. Im Rechtsöffnungsverfahren (Art. 80 ff.) ist allerdings die Frage, ob eine Urkunde über ein zweiseitiges Rechtsgeschäft zur Rechtsöffnung führen könne, in Rechtsprechung und Schrifttum streitig.[49] Im Verfahren zur Erwirkung eines Zahlungsbefehls scheint aber die Behauptung, daß die Forderung auf einem gegenseitigen noch nicht erfüllten Vertrag beruhe, kein Grund zur Versagung des Zahlungsbefehls.[50] Auch in den kantonalen Rechtsbotverfahren dürfte ihrer wesentlich freieren Gestaltung entsprechend das Ausstehen der Gegenleistung (und auch die Bedingtheit der Leistung) den Erlaß eines Rechtsbots nicht hindern.[51]

Beschränkungen des Verfahrens bei unbekanntem oder ausländischem Wohnsitz des Schuldners sind weder dem eid-

---

[47] Vgl. über das unbegrenzte Anwendungsgebiet der Rechtsbote Fritzsche S. 48.

[48] BGE 37[1] 111; Schmid S. 19.

[49] Jäger I Art. 82 Nr. 4.

[50] Jäger I Art. 82 Nr. 10 (mangelnde Vorleistung).

[51] Fritzsche S. 48 ff.

genössischen noch dem kantonalen Betreibungsverfahren bekannt (vgl. Art. 66 SchKG).

II. Zuständigkeit (sachliche, örtliche, funktionelle).

1. Die Regelung der sachlichen Zuständigkeit der Gerichte im Mahnverfahren, die sich für das geltende deutsche Recht aus der Bestimmung des § 689 I ZPO ergibt, ist im E in den Worten des § 800: die Vollstreckung findet auch statt, aus den „von einem deutschen Vollstreckungsgericht beschlossenen Zahlungsbefehlen" enthalten. Da gemäß § 769 E Vollstreckungsgerichte die Amtsgerichte sind, ist die bisherige Regelung insoweit aufrecht erhalten, als die Amtsgerichte nach wie vor ausschließlich zum Erlaß der Zahlungsbefehle zuständig bleiben. Sie sind es nicht mehr in ihrer Funktion als Streitgerichte, sondern, da das Mahnverfahren ein Teil der Vollstreckung wird, in ihrer Funktion als Vollstreckungsgerichte. Im Einklang mit der bisherigen Regelung besteht die amtsgerichtliche (vollstreckungsgerichtliche) Zuständigkeit ohne Rücksicht auf die Höhe des Anspruchs. Die Amtsgerichte sind auch zuständig, wenn für die Klage auf Grund des § 71 II, III GVG das Landgericht ausschließlich zuständig wäre;[1] die abweichende Meinung Hellwigs findet in Zweck und Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen keine Grundlage.

Vor den Konsulargerichten findet das Mahnverfahren nach geltendem Recht auf Grund der ausdrücklichen Vorschrift des § 41 des Ges. über die Konsulargerichtsbarkeit[2] Anwendung. Die Zwangsvollstreckung erfolgt in den Konsulargerichtsbezirken gegen die der Konsulargerichtsbarkeit unterworfenen Personen durch den Reichskonsul (§ 46 KonsGerG). Nach dem E ist also der Konsul auch zur Einleitung der Vollstreckung durch Erlaß eines Zahlungsbefehls zuständig. Da

[1] H.M.; s. Seuffert und Stein-Jonas § 689 I; a.A. Hellwig.
[2] RGBl 1900 Nr. 15 S. 213 ff.

der Konsul die Funktion des Amtsgerichts ausübt (§ 7 Ziff. 1), tritt eine Änderung des bestehenden Rechtszustandes auf Grund des E nicht ein.

Nach geltendem Recht findet das Mahnverfahren als besondere Streitverfahrensart auch vor den Arbeitsgerichten Anwendung. § 46 I ArbGerG ordnet zwar nur für das Urteilsverfahren die entsprechende Anwendung der Vorschriften der ZPO über das amtsgerichtliche Verfahren an. Urteilsverfahren ist aber hier entsprechend der Terminologie des ArbGerG in weitestem Sinne aufzufassen.[3] Anwendung finden im arbeitsgerichtlichen Verfahren alle Verfahrensarten, soweit sie nicht der Natur der Sache nach oder kraft ausdrücklich gesetzlicher Bestimmung — wie Urkunden- und Wechselprozeß (§ 46 II S. 3) — ausgeschlossen sind. Zudem läßt die Entstehungsgeschichte des Gesetzes keinen Zweifel darüber, daß das Mahnverfahren im arbeitsgerichtlichen Prozeß zugelassen werden sollte. Die im E der Reichsregierung enthaltene Bestimmung, daß das Mahnverfahren entsprechend dem Urkunden- und Wechselprozeß vor den Arbeitsgerichten ausgeschlossen sei, wurde schon im Reichsrat gestrichen mit der Begründung, „daß sich auch im arbeitsgerichtlichen Prozeß das Mahnverfahren als einfachste Art der Rechtsverfolgung brauchbar erweisen könne".[4] Die entsprechend geänderte Reichstagsvorlage ist mit dieser Begründung Gesetz geworden. Die Zulässigkeit des Mahnverfahrens im arbeitsgerichtlichen Prozeß wird denn auch heute von der Rechtsprechung allgemein, vom Schrifttum ganz überwiegend anerkannt.[5] Ansprüche, die nicht zu der absoluten arbeitsgerichtlichen Zuständigkeit nach § 2 ArbGerG gehören, können im arbeitsgerichtlichen Mahnverfahren nur nach Maßgabe des § 3 in Verbindung mit Ansprüchen der im § 2 be-

---

[3] Dersch-Volkmar Anm. 5 zu § 46.

[4] Dersch-Volkmar Anm. 5 zu § 46.

[5] Stein-Jonas § 689 IV.

zeichneten Art geltend gemacht werden.[6] Hinsichtlich der Zwangsvollstreckung finden im arbeitsgerichtlichen Verfahren die Vorschriften des 8. Buches der ZPO Anwendung (§ 62 II ArbGerG). Soweit hiernach die Zuständigkeit des Prozeßgerichts im Vollstreckungsverfahren begründet ist, ist das Arbeitsgericht als Prozeßgericht zuständig. Vollstreckungsgericht als solches ist nicht das Arbeitsgericht, sondern nach dem gemäß § 62 II unmittelbar anwendbaren § 764 ZPO grundsätzlich dasjenige Amtsgericht, in dessen Bezirke das Vollstreckungsverfahren stattfinden soll oder stattgefunden hat; bei Forderungspfändungen dasjenige Amtsgericht, in dessen Bezirk der Schuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat (§ 828 II ZPO).[7]

Für die im E vorgesehene Regelung des Mahnverfahrens als Vollstreckungseinleitung ergibt sich hieraus die Folgerung, daß auch in arbeitsgerichtlichen Sachen die Amtsgerichte als Vollstreckungsgerichte zur Einleitung der Vollstreckung im Wege des Mahnverfahrens zuständig sind. Erst nach erhobenem Widerspruch wird in arbeitsgerichtlichen Sachen durch Überleitung in das ordentliche Streitverfahren die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts als Streitgericht gemäß § 802 II S. 2 E begründet. Eine Änderung des ArbGerG dahin, auch Verfahren zur Einleitung der Vollstreckung (Mahnverfahren) der Zuständigkeit der Arbeitsgerichte zu unterstellen, würde den Zweck, den der E mit der Neuregelung der Zuständigkeit verfolgt, gefährden: die Konzentration aller gegen einen Schuldner gerichteten Vollstreckungsmaßnahmen an einer Stelle.

Von der Befugnis, das Mahnverfahren auch für die besonderen Gerichte des § 14 GVG anzuordnen, hat die Landesgesetzgebung in Württemberg und Baden für die dort bestehenden Gemeindegerichte Gebrauch gemacht (württ.AG ZPO,

[6] Rosenberg, Lehrbuch § 166 I 1 a. E.; Eberhardt „Rechtspfleger" 1929 S. 199 ff.

[7] Dersch-Volkmar Anm. 4 II C b zu § 62; Stein-Jonas § 764 I 2.

Fassung v. 31. 7. 1899 Art. 13; bad. AG. ZPO, Fassung v. 10. 9. 1924 § 120). Das Mahnverfahren findet in den zur Zuständigkeit der Gemeindegerichte gehörenden Sachen in Württemberg vor dem Vorstand des Gemeindegerichts, in Baden vor dem Bürgermeister statt. Auf das Verfahren finden mit geringen, aus der Institution der Gemeindegerichte sich ergebenden Abweichungen die Bestimmungen der ZPO Anwendung. Bemerkenswert ist, daß der gegen den Vollstreckungsbefehl zulässige Einspruch beim Amtsgericht einzulegen ist und das weitere Verfahren vor diesem stattfindet; das württembergische Gesetz (Art. 13 V) spricht hier sinngemäß statt von Einspruch von der Berufung auf den ordentlichen Rechtsweg. Das gemeindegerichtliche ordentliche Verfahren wird zwecks Beschleunigung übersprungen.[8] Obwohl das Gemeindegericht bzw. dessen Vorstand auch im Stadium der Vollstreckung in gemeindegerichtlichen Sachen gewisse Befugnisse hat,[9] ist es unbestritten, daß Vollstreckungsgericht i. S. der ZPO nur das zuständige Amtsgericht ist. Nach der Umgestaltung des Mahnverfahrens durch den E würde daher für dieses als Vollstreckungseinleitungsverfahren in Sachen, die bei klageweiser Geltendmachung vor das Gemeindegericht zu bringen wären, ohne Änderung des Gesetzes nicht mehr wie bisher das Gemeindegericht, sondern das Amtsgericht als Vollstreckungsgericht zuständig sein. Auch eine Änderung des Gesetzes würde sich aus den oben für das arbeitsgerichtliche Verfahren angeführten Gründen nicht empfehlen.

Nach österreichischem Recht sind im Mahnverfahren die Bezirksgerichte (den deutschen Amtsgerichten entsprechend) sachlich zuständig, § 2 I GesMV. In Handelssachen (für Forderungen aus Handelsgeschäften und anderen, s. § 5 JurN) ist dort, wo ein besonderes Bezirksgericht für Han-

---

[8] Hegler: Das Gemeindegerichtsverfahren in Baden und Württemberg (ArchCivPr 106 S. 52 ff.; insbesondere S. 209 ff.).

[9] Hegler S. 191.

delssachen — jetzt nur noch in Wien[10] — besteht, dieses zuständig (Art. XXVIII Ziff. I EG ZPO).[11] Eine Sondervorschrift besteht für Ansprüche von und gegenüber Richtern der an sich zuständigen Bezirksgerichte. Diese müssen bei dem übergeordneten Gerichtshof 1. Instanz (Kreis-, Landes- oder Handelsgericht) geltend gemacht werden; den Zahlungsbefehl erläßt in diesem Falle der Vorsitzende des Senats (Art. XIV EG JurN, § 79 JurN);[12] dessen Zuständigkeit kann auch bei einem Anspruch begründet werden, der bei dem Gerichtshof 1. Instanz als Gericht des Hauptprozesses geltend gemacht wird (Art. XIV EG JurN, § 94, 2 JurN).[12]

Im schweizerischen eidgenössischen Recht, in dem der Zahlungsbefehl das gewöhnliche Mittel zur Einleitung der Vollstreckung (Betreibung) darstellt, sind nach dem SchKG zur Erlassung der Zahlungsbefehle ausschließlich die Vollstreckungsbehörden sachlich zuständig. Als Vollstreckungsbehörden kennt das SchKG Betreibungsämter zur Durchführung der Spezialvollstreckung (Pfändung) und Konkursämter zur Durchführung der Generalvollstreckung (Konkurs). Die Betreibung auf Pfändung wird stets, die Betreibung auf Konkurs nur im Falle der sog. ordentlichen Konkursbetreibung durch Zahlungsbefehl eingeleitet. Zur Erlassung der Zahlungsbefehle sind gemäß Art. 38 SchKG ausschließlich die Betreibungsämter zuständig; diese werden von den Betreibungsbeamten, im Falle deren Verhinderung von beigeordneten Stellvertretern, geleitet. Betreibungsbeamte und Stellvertreter werden im allgemeinen von den kantonalen Wahlbehörden ernannt. Die Kantone bestimmen über Wahlart, Wahldauer und Wahlfähigkeit; der Betreibungsbeamte hat vielfach abgeschlossene juristische Universitätsbildung.

In den Kantonen, die ein Rechtsbotverfahren kennen, sind zur Erlassung der Rechtsbote teils richterliche, teils Ver-

[10] Klein-Engel S. 102.
[11] Pollak, System S. 760; Sperl S. 555.
[12] Neumann, Kommentar S. 356.

waltungsbehörden für zuständig erklärt. So hat Appenzell A.-Rh. (Art. 2 II) die Rechtsboterteilung dem Gemeindegerichtspräsidenten übertragen, während in Appenzell I.-Rh.[13] der Landammann und in St. Gallen (Art. 278 I) der Gemeindeammann zur Erlassung von Rechtsboten zuständig ist.

2. Die Bestimmungen über die örtliche Zuständigkeit der Gerichte im Mahnverfahren erfahren im deutschen Recht durch den E eine grundlegende Änderung. Da das Mahnverfahren zu einem Verfahren der Vollstreckungseinleitung ausgestaltet wird, soll nach der Auffassung der Verfasser des E das Vollstreckungsgericht schon in diesem ersten Vollstreckungsstadium alle gegen den Schuldner mit dem Ziel der Vollstreckung gerichteten Verfahren an sich ziehen. Gemäß § 801 II E gelten für die Erlassung des Zahlungsbefehls die Zuständigkeitsvorschriften der §§ 786—88, 790. Danach ist grundsätzlich dasjenige Vollstreckungsgericht zur Vollstreckung eines Anspruchs wie zur Einleitung seiner Vollstreckung (im Mahnverfahren) ausschließlich zuständig „in dessen Bezirk sich zur Zeit der Antragstellung der Wohnsitz, der Sitz, die geschäftliche Niederlassung oder Vermögen des Schuldners befindet. Sind diese Verhältnisse nicht bekannt, so begründet der Aufenthalt des Schuldners die Zuständigkeit" (§ 786 I E). Am Wirtschaftszentrum des Schuldners — dort, wo die Vollstreckung ihre Substrate findet — soll auch ihre Einleitung im Wege des Mahnverfahrens vor sich gehen.[14] Eine Regelung, die zweifellos dann den gewünschten Erfolg rascher Sicherung und Befriedigung des Gläubigers hat, wenn Widerspruch nicht eingelegt, der Zahlungsbefehl vollstreckbar und auch erfolgreich vollstreckt wird. Die Bedenken, die andernfalls obwalten, erkennen die Verfasser des E wohl an, erachten sie aber gegenüber den Vorteilen, die die neue Zuständigkeitsregelung bietet, nicht für ausschlaggebend. Diese Bedenken sind aber schwerwiegend. Ohne Zwei-

[13] Fritzsche S. 49.
[14] E S. 467.

fel wird eine Entlastung der Großstadtgerichte eintreten,[15] die kraft Vereinbarung oder als Gerichte des Erfüllungsorts bisher zuständig waren. Dafür wird der Gläubiger gezwungen, seinem Schuldner an dessen Wohnsitz oder Aufenthaltsort zu folgen, um einen Zahlungsbefehl zu beantragen. Für den Gläubiger tritt damit zunächst eine Verzögerung und Verteuerung seiner Rechtsverfolgung ein;[16] diese Verteuerung wird allerdings durch Zeit- und Kostenersparnisse wettgemacht, wenn der Zahlungsbefehl unwidersprochen bleibt und sich das Vollstreckungsverfahren vor dem gleichen Gericht sofort anschließen kann. Dieser Fall ist von den Verfassern des E als Regelfall gedacht; die Statistik stützt ihre Ansicht: nur ein Viertel bis ein Drittel aller Mahnsachen geht ins streitige Verfahren über.[17] Für den Fall, daß das Mahnverfahren mit dem vollstreckbaren Zahlungsbefehl abschließt, bringt die Gestaltung des E demnach tatsächlich eine Vereinfachung, Verbilligung und Beschleunigung des Verfahrens. Das Gericht, dem die Vollstreckung des Zahlungsbefehls obliegt, ist auch zu seiner Erlassung zuständig. Statt zwei Gerichten — Prozeß- und Vollstreckungsgericht — wird nur ein Gericht im Mahn- und Vollstreckungsverfahren tätig. Anders im Falle, daß Widerspruch erhoben wird: die Akten wandern nun an das Prozeßgericht. Dadurch geht Zeit und Arbeitskraft verloren. Aber das muß mit in Kauf genommen werden. Denn für den Regelfall, daß vom Schuldner kein Widerspruch erhoben wird, tritt eine ungleich wichtigere Beschleunigung und Vereinfachung des Verfahrens ein. Daneben den vereinbarten Gerichtsstand oder den des Erfüllungsortes zuzulassen, würde die Änderung praktisch wertlos machen.

Der in Kritik des E gemachte Vorschlag,[18] ein einziges Gericht für sämtliche Verfahrensabschnitte — von Klageerhe-

[15] Kupfer: Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1932, S. 59.
[16] Held JW 1931, S. 3504; ablehnend auch Schultze DJZ 1932 S. 467.
[17] E S. 467.
[18] Heilbrunn DRZ 1932 S. 178.

bung bzw. Stellung des Antrags auf Erlassung des Zahlungsbefehls bis zur letzten Vollstreckungshandlung — für zuständig zu erklären, ist praktisch undurchführbar. Würde dem Prozeßgericht diese Sisyphusarbeit aufgeladen werden, so müßte man bei den Landgerichten besondere Berichterstatter für das Vollstreckungsstadium bestellen. Damit würden die Prozeßgerichte ihren wesentlichen Aufgaben entzogen. Entweder müßte die Richterzahl bei ihnen vervielfacht oder das baldige Erliegen ihrer Prozeßtätigkeit in Kauf genommen werden.

Für den Fall, daß Widerspruch eingelegt wird, können nach der Gestaltung des E — wie Held[19] richtig geltend macht — leicht drei Gerichte mit der Sache befaßt werden. Macht der Beklagte nämlich die Unzuständigkeit des Prozeßgerichts erst im Termin geltend, so kann der Kläger zwar Verweisungsantrag stellen, wenn er es zu einem Zuständigkeitsstreit nicht kommen lassen will. Es werden aber dann ein Vollstreckungsgericht und zwei Prozeßgerichte im Verfahren tätig: ein unerfreuliches Ergebnis. Dieses Ergebnis ließe sich vermeiden, wenn man in Ausführung eines Vorschlags von Kupfer[20] den Schuldner schon im Zahlungsbefehl darauf hinweist, daß er für den Fall der Erhebung eines Widerspruchs die etwaige Unzuständigkeit des im Zahlungsbefehl benannten oder als benannt geltenden Streitgerichts bei Meidung des Ausschlusses mit dieser Einrede in der Widerspruchserklärung, evtl. unverzüglich nach Zustellung der Ladung vor das Streitgericht, geltend zu machen hat. Der Kläger ist in diesem Fall in der Lage, sofort schriftlich die Abgabe der Akten an das nunmehr zuständige Streitgericht zu beantragen. Mit dieser Änderung des E wäre einer vermeidbaren Gefahr der Verschleppung und Verzögerung begegnet.

---

[19] JW 1931 S. 3504.

[20] a. a. O. S. 59.

Von sonstigen Vorschriften des E über die Regelung der vollstreckungsgerichtlichen Zuständigkeit im Mahnverfahren (§§ 786 ff.) ist von besonderer praktischer Bedeutung die Bestimmung des § 788. Danach ist in den Fällen, in denen das Mahnverfahren bei den Vollstreckungsgerichten der Niederlassung oder des Vermögens anhängig gemacht wird, das Vollstreckungsgericht des schuldnerischen Wohnsitzes oder Sitzes hiervon zu benachrichtigen; hat der Schuldner keinen inländischen Wohnsitz oder Sitz, aber eine Hauptniederlassung, so ist das Vollstreckungsgericht der Hauptniederlassung zu benachrichtigen. Die Verfasser des E, die aus Gründen praktischer Zweckmäßigkeit neben dem primär zuständigen Vollstreckungsgericht des schuldnerischen Wohnsitzes oder Sitzes sekundär auch das Vollstreckungsgericht des Aufenthaltsorts und — um schließlich den Zwangszugriff an jedem möglichen Orte zuzulassen — das Vollstreckungsgericht des Vermögens zulassen, wollen mit dieser Vorschrift erreichen, daß auf jeden Fall das Vollstreckungsgericht des schuldnerischen Wirtschaftszentrums (Wohnsitz, Sitz oder Hauptniederlassung) über jede gegen den Schuldner eingeleitete Vollstreckung auf dem laufenden gehalten wird. Die Durchführung der Vorschrift soll dadurch erleichtert werden, daß der Gläubiger künftig im Antrag auf Erlassung des Zahlungsbefehls entsprechende Angaben gemäß § 802 II S. 1 zu machen hat.[21] Die örtliche Unzuständigkeit des Vollstreckungsgerichts kann im Mahnverfahren nach Erlaß des Zahlungsbefehls nur durch Vollstreckungsbeschwerde gerügt werden, § 838 I S. 1.[22] Wird die Zuständigkeit nicht durch Vollstreckungsbeschwerde gegen den Zahlungsbefehl angefochten, so ist diese Rüge gemäß §§ 790, 800 I für das weitere Verfahren ausgeschaltet und kann insbesondere nicht mehr gegen einzelne Durchführungsakte gerichtet werden.[23]

[21] S. unten S. 51 ff.
[22] S. unten S. 107.
[23] E S. 458.

Nach geltendem Recht ist im Gegensatz zu der Gestaltung des E gemäß § 689 II ZPO jedes Amtsgericht zur Erlassung des Zahlungsbefehls zuständig, bei dem ein allgemeiner Gerichtsstand oder ein besonderer Gerichtsstand für die Klage im ordentlichen Verfahren begründet sein würde, wenn die Amtsgerichte für alle Klagen zuständig wären.[24] Die ZPO in ihrer Fassung von 1877 hatte demgegenüber im Gegensatz zu dem Entwurf zu ihr, der in dem damaligen § 582 II eine dem heutigen § 689 II gleichlautende Vorschrift hatte,[25] nur das Gericht des allgemeinen Gerichtsstandes und das des dinglichen Gerichtsstandes für zuständig erklärt. Erst durch die Nov von 1898 wurden der Gerichtsstand des Aufenthaltortes, durch die Nov von 1909 schließlich alle Gerichtsstände des ordentlichen Verfahrens zugelassen. Es dürfen also nach geltendem Recht nunmehr Zahlungsbefehle im Gerichtsstand des Erfüllungsortes (§ 29 ZPO; von besonderer Wichtigkeit für große Geschäfte mit weitem Kundenkreis außerhalb ihrer Handelsniederlassung[26]), im Gerichtsstand der Vereinszugehörigkeit (§ 22 ZPO), der unerlaubten Handlung (§ 32 ZPO), in jedem vereinbarten Gerichtsstand (§§ 38 ff. ZPO) beantragt und erlassen werden. Allerdings kommt für das eigentliche Mahnverfahren nur die ausdrückliche Vereinbarung gemäß § 38 ZPO in Frage; die stillschweigende (§ 39) ist erst in dem anschließenden Streitverfahren denkbar. Der Gerichtsstand des § 603 ZPO kommt nur für das Wechselmahnverfahren in Betracht.[27] Handelt es sich um einen ausschließlichen örtlichen Gerichtsstand, wie bei dem dinglichen (§ 24) und den der Vereinbarung, wenn ihn die Parteien als ausschließlichen vereinbart haben (§ 38 II S. 2), so ist das Mahnverfahren vor anderen als den hiernach zuständigen Gerichten unzulässig. Werden mehrere Ansprüche gegen

[24] Stein-Jonas § 689 II.
[25] Mot. S. 415.
[26] Kurtz S. 2.
[27] Stein-Jonas § 689 II.

denselben Schuldner (§ 260 ZPO) oder gegen verschiedene Schuldner (§§ 59 ff.) verbunden, so muß die Zuständigkeit für alle Ansprüche gegeben sein; das zuständige Gericht kann jedoch gemäß § 36 Nr. 3 ZPO bestimmt werden.

In Österreich war durch das GesMV vom Jahre 1873 die gleiche Regelung über die örtliche Zuständigkeit der Gerichte im Mahnverfahren getroffen worden, wie sie im Reich seit Einführung der ZPO von 1879 bis zu den Nov von 1898 1909 in Geltung war. Danach war gemäß § 2 GesMV nur das Gericht des ordentlichen Wohnsitzes des Schuldners, sowohl des freiwilligen (§ 65 JurN) wie des notwendigen (§ 69) wie auch des abgeleiteten (§§ 70—73), zuständig. Nicht zuständig war das Gericht des Aufenthaltsortes. Durch die 1. GerEntlNov von 1914 ist das Mahnverfahren nun im Einklang mit der seit 1909 im Reich geltenden Regelung hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit den allgemeinen Regeln der JurN unterstellt worden.[28] Mit dieser Neuregelung sind für das Mahnverfahren die Gerichtsstände des Aufenthaltsorts (§ 67 JurN), des Beschäftigungsortes[29] (§ 86 JurN), der Niederlassung (§ 87 JurN), des Erfüllungsortes,[30] (§ 88 I JurN) der Faktura[30] (§ 88 II JurN), des früheren Wohnsitzes des Arbeitgebers (§ 97 JurN) und des Vermögens (§ 99 JurN) zugelassen worden. Unbekannt ist im österreichischen Recht im Gegensatz zum deutschen vor allem der im Mahnverfahren allerdings praktisch unwichtige Gerichtsstand der unerlaubten Handlung des § 32 ZPO. Im übrigen entspricht die österreichische Regelung fast völlig der im geltenden deutschen Recht.

In der Schweiz, wo der Zahlungsbefehl ein Akt der Vollstreckungseinleitung ist, ist die örtliche Zuständigkeit ähn-

---

[28] Klein-Engel S. 484.

[29] Für dessen Einführung hatte sich entsprechend dem österreichischen E von 1910 schon Edler von Rechtenstamm (a. a. O. S. 3) ausgesprochen.

[30] Urkundlicher Nachweis der Vereinbarung des Erfüllungsortes bzw. des Fakturengerichtsstandes erforderlich!

lich wie nach dem deutschen E nach vollstreckungsrechtlichen Gesichtspunkten geregelt (Art. 46 ff. SchKG). Zuständig ist nach Art. 46 in erster Linie das Betreibungsamt des schuldnerischen Wohnsitzes bzw. — bei im Handelsregister eingetragenen juristischen Personen und Gesellschaften — Sitzes oder — bei nicht eingetragenen juristischen Personen — Hauptsitzes ihrer Verwaltung. Hat der Schuldner einen gesetzlichen Vertreter, so ist das Betreibungsamt an dessen Wohnsitz zuständig (Art. 47). Die Zuständigkeit des Betreibungsamts des Aufenthaltsorts ist gegenüber Schuldnern gegeben, die keinen festen Wohnsitz haben. Bei Schuldnern, die im Ausland wohnen und in der Schweiz eine Geschäftsniederlassung besitzen oder ein Spezialdomizil zur Erfüllung einer Verbindlichkeit gewählt haben, sind die Betreibungsämter am Ort der Niederlassung bzw. des Spezialdomizils zur Erlassung des Zahlungsbefehls zuständig (Art. 50). Bei Betreibungen pfandgesicherter Forderungen, die abweichend vom deutschen Recht ausschließlich im Wege des Zahlungsbefehls- und anschließenden Betreibungsverfahrens auf Pfandverwertung zu vollstrecken sind, ist das Betreibungsamt am Ort der belegenen Sache zuständig; haftet für die Forderung ein Grundstück — „grundpfandversicherte Forderung" (Art. 51 II) —, so ist diese Zuständigkeit eine ausschließliche; haftet für die Forderung eine bewegliche Sache — „faustpfandversicherte Forderung" (Art. 51 I) — so ist daneben das Betreibungsamt am Wohnsitz des Schuldners zuständig.

Die Zuständigkeitsvorschriften für das kantonale Rechtsbotverfahren ergeben sich aus den einzelnen kantonalen Zivilprozeßordnungen. Die zugelassenen Gerichtsstände entsprechen im allgemeinen den anerkannten verfahrensrechtlichen Grundsätzen. Wegen der Einzelheiten sei auf die Art. 13—19 der ZPO für Appenzell I.-Rh., die Art. 10—22 der ZPO für Appenzell A.-RH. und die Art. 44—58 des Gesetzes betr. die Zivilrechtspflege für St. Gallen verwiesen.

Einen allgemeinen Zuständigkeitsgrund des Vermögens kennt das schweizerische Recht nicht, weder eidgenössisches noch kantonales.

3. Funktionell[31] ist die Zuständigkeit des Amtsgerichts im deutschen Mahnverfahren nach der Regelung des E zwischen Rechtspfleger und Amtsrichter geteilt. Die außerhalb der ZPO durch die Vorschriften des EntlG und Anordnungen des Landesjustizverwaltungen vor sich gegangene Entwicklung: die Übertragung richterlicher Geschäfte auf Rechtspfleger arbeitet der E in das Gesetz ein. In der Ausgestaltung des den Rechtspflegern im Mahnverfahren zugewiesenen Geschäftkreises geht er aber interessanterweise hinter den heute in den meisten Ländern geltenden Rechtszustand zurück. Gewisse rechtlich schwierige Fälle werden vom E der Entscheidung durch den Richter vorbehalten (§§ 791 I, 1023 Ziff. 5 E). Das sind die Fälle des Zahlungsbefehls für gewisse künftige Leistungen (§ 804), des Urkundenzahlungsbefehls (§ 811) und des Wechselzahlungsbefehls (§ 812). Gleichzeitig wird klargestellt, daß die Gültigkeit eines Geschäfts nicht davon abhängt, ob es ein Richter oder Rechtspfleger vorgenommen hat (§ 791 II).[32]

Unter der Herrschaft der geltenden ZPO war bis zum Erlaß der Nov von 1909 ausschließlich der Amtsrichter im Mahnverfahren zuständig. Durch die Nov. von 1909 wurde die Erteilung des Vollstreckungsbefehls dem Urkundsbeamten (damaligen „Gerichtsschreiber") übertragen, § 699 ZPO. Als Sicherungsmittel wurde dafür zum Schutze des Gläubigers die Vorschrift des § 699 II eingefügt: Danach hatte der Urkundsbeamte, wenn er dem Gesuch des Gläubigers um Erlassung des Vollstreckungsbefehls nicht entsprechen wollte,

[31] Unter funktioneller Zuständigkeit wird im Anschluß an Rosenberg (Lehrbuch § 29 I 1) die Verteilung verschiedener Rechtspflegefunktionen unter verschiedene Rechtspflegeorgane in derselben Sache verstanden, so „im Urteilsverfahren u. a. zwischen Gericht und Urkundsbeamten".

[32] Eine gleichlautende Bestimmung findet sich in den §§ 51, 52 der memelländischen VO v. 22. August 1924.

das Gesuch dem Gericht zur Entscheidung vorzulegen. Durch das Entlastungsgesetz vom 11. März 1921 (Art. VI § 1 Nr. I, II 2) wurden die Landesjustizverwaltungen ermächtigt, den Urkundsbeamten die Entscheidung über die Erlassung des Vollstreckungsbefehls auch im Falle der Ablehnung und ferner die selbständige Entscheidung über die Erlassung von Zahlungsbefehlen zu überlassen.[33] Von dieser Ermächtigung haben die Länder weitgehend Gebrauch gemacht;[34] die Dienstvorschriften in Preußen, Sachsen, Baden u. a. Ländern haben den mit der Erledigung der Mahnsachen betrauten Urkundsbeamten die Funktionsbezeichnung „Rechtspfleger" beigelegt. Mit dieser Entwicklung ist nach geltendem Recht praktisch das gesamte Mahnverfahren an die Rechtspfleger zur Erledigung überwiesen.

III. Der Antrag auf Erlassung des Zahlungsbefehls.

1. Seine Inhaltserfordernisse.

Die Erfordernisse des Antrags auf Erlassung des Zahlungsbefehls sind im E im wesentlichen die gleichen wie nach geltendem deutschem Recht. Eine Reihe kleinerer Änderungen ist in der grundsätzlichen Umgestaltung des Mahnverfahrens, ferner in dem Wunsche nach größerer Knappheit und Klarheit des Ausdrucks begründet. So spricht der E von „Antrag" (an Stelle von „Gesuch") auf Erlassung des Zahlungsbefehls und bringt damit zum Ausdruck, daß dem Zahlungsbefehl als Vollstreckungsakt der „Antrag" auf Vollstreckung als Akt der Verfahrensanregung seitens des Gläubigers entspricht (vgl. § 770 I S. 1 E: die Durchführung der Vollstreckung hat der Gläubiger bei dem Vollstreckungsgericht zu beantragen). Aus dem gleichen Grunde ist die Bestimmung des geltenden Rechts (§ 690 Ziff. 4): das Gesuch müsse . . . 4. „das Gesuch um Erlassung des Zahlungsbefehls"

---

[33] Stein-Jonas, Vorb. I vor §§ 688 ff.

[34] Zusammenstellung der einschlägigen Vorschriften bei Rosenberg: Lehrbuch § 24 II 3 a. E.

enthalten, nicht übernommen worden. Im geltenden Recht ist der Charakter dieser Bestimmung als eines wesentlichen Erfordernisses für die Gültigkeit des Gesuches damit begründet worden, daß der Gläubiger durch diese Angabe sein Wahlrecht — ob ordentliches oder Mahnverfahren — ausübe.[1] Nach dem E wird das Mahnverfahren zum Vollstreckungseinleitungsverfahren, es ist statt beim Prozeß- beim Vollstreckungsgericht durchzuführen: damit ist dieser Grund für die bisherige Vorschrift fortgefallen. Der E hört fernerhin auch endlich auf, von „bedingtem" Zahlungsbefehl zu sprechen (§ 800 E gegenüber § 688 ZPO); im geltenden Recht beruht diese mit unserer heutigen Rechtssprache nicht mehr verträgliche Fassung auf geschichtlicher Grundlage.

Wesentliche Erfordernisse des Antrags auf Erlassung des Zahlungsbefehls sind nach dem E in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht (§ 802 I Ziff. 1—3 E = § 690 Ziff. 1—3 ZPO):

1. die Bezeichnung der Parteien nach Namen, Beruf (Verallgemeinerung gegenüber „Stand oder Gewerbe" in § 690 ZPO) und Wohnort;
2. die Bezeichnung des Gerichts (der E spricht zwecks Klarstellung der neuen Zuständigkeitsbestimmung von Vollstreckungsgericht);
3. die bestimmte Angabe des Betrages oder Gegenstandes sowie des Grundes und der Fälligkeit der Schuld. (Die Aufnahme der Angabe über die Fälligkeit ist eine allgemeine Verbesserung, sie erspart unnötige Rückfragen oder Zurückweisungen. Daneben ist sie wegen der Zulassung des Zahlungsbefehls für gewisse künftige Ansprüche — § 804 — von erhöhter Bedeutung. Die Ersetzung des Wortes „Anspruch" durch „Schuld" in Ziff. 3 halte ich für eine Folgewidrigkeit gegenüber der auch im E allgemeinen Verwendung der Bezeichnung „Anspruch".)

[1] Stein-Jonas § 690 II 3.

Die Frage, inwieweit die Angabe des Gegenstandes und Grundes des Anspruches zu einer Substantiierung des Rechtsverhältnisses führen müsse, ist nach dem E wie nach geltendem Recht zu beantworten. Rechtsprechung und herrschende Rechtslehre fordern, daß der Anspruch derart substantiiert, d. h. in Tatsachen aufgelöst sein muß, daß das Gericht entscheiden kann, ob der Anspruch dieses Gläubigers gegen diesen Schuldner rechtlich begründet erscheint.[2] Wie bei der Klage haben die für die Entstehung des Anspruchs nach Rechtsgrund, Umfang und Zeitpunkt wesentlichen Tatsachen aus dem Antrag hervorzugehen; bei Grundpfandansprüchen wird grundbuchmäßige Bezeichnung gefordert.

Eine grundlegende Neuerung bringt der E mit der Bestimmung des § 802 II. Danach „soll" der Antrag auf Erlassung des Zahlungsbefehls eine Reihe weiterer Angaben enthalten. Das Vorliegen dieser Angaben ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung des Antrags im Gegensatz zu den zwingend vorgeschriebenen Angaben des § 802 I, die „Rechtsvoraussetzungen" i. S. des § 780 I E sind.[3]

Gemäß § 802 II S. 1 soll der Antrag den Zuständigkeitsgrund angeben und ferner für den Fall, daß die Benachrichtigung des Vollstreckungsgerichts am Ort des schuldnerischen Wirtschaftszentrums (Wohnsitz, Sitz oder Hauptniederlassung) nach § 788 in Betracht kommt, die hierfür notwendigen Angaben tunlichst enthalten. Die Angabe des Zuständigkeitsgrundes wird schon nach geltendem Recht allgemein dann für wesentlich angesehen, wenn der Zuständigkeitsgrund nicht klar ersichtlich ist, insbesondere ein anderes Gericht als das am Wohnort des Schuldners angegangen wird.[4] Die amtlichen Zahlungsbefehlsvordrucke (z. B. Preußen, Baden) enthalten denn auch die Angabe der Zuständigkeitvereinbarung.

---

[2] RG GruchBeitr 60, 1065; Stein-Jonas § 690 5; anders die Vertreter der sog. Individualisierungstheorie.

[3] E S. 419, 438 ff.

[4] Stein-Jonas § 690 III; Baumbach § 690 2. Für gesetzliche Regelung tritt ein Suchier DRZ 1931 S. 260.

Es ist aber zweifellos zu empfehlen, die Angabe des Zuständigkeitsgrundes allgemein gesetzlich, sei es auch nur als Sollvorschrift, vorzuschreiben. Dadurch werden Zeit und Arbeit durch Vermeidung von Rückfragen erspart. Einer Anregung aus der Praxis folgend[5] sollte sodann § 802 II S. 1 E dahin ergänzt werden, daß der Antrag auf Erlassung des Zahlungsbefehls an das zuständige Gericht weiter zu geben ist, wenn sich dessen Zuständigkeit aus den Angaben des Gläubigers ergibt; zugleich wäre der Gläubiger entsprechend zu benachrichtigen. Durch den gemachten Vorschlag kann bei fehlender Angabe des Zuständigkeitsgrundes der Antrag sofort k. H. an das Vollstreckungsgericht des schuldnerischen Wohnorts, bei einer falschen rechtlichen Folgerung des Gläubigers hinsichtlich einer begründeten Zuständigkeit an das zuständige Vollstreckungsgericht weitergegeben werden. Es darf nicht verkannt werden, daß die Vorschrift des E, die die Angabe des Zuständigkeitsgrundes und besonders die ergänzenden Angaben einführt, eine ziemliche Rechts- und Geschäftskunde beim Antragsteller voraussetzt.[6] Irrtümliche Schlußfolgerungen des Gläubigers hinsichtlich der Zuständigkeit werden daher nicht selten sein.

Die Angaben des Gläubigers über die Zuständigkeit bedürfen, dem Grundsatz des Mahnverfahrens entsprechend, keines Beweises und keiner Glaubhaftmachung. Sie müssen nur schlüssig sein. Sind die Angaben falsch, so muß sich der Schuldner gegen den Zahlungsbefehl mit dem Rechtsbehelf der Vollstreckungsbeschwerde (§ 838 E) wehren.

Gemäß § 802 II S. 2 „soll der Antrag ferner das Streitgericht benennen, dem er im Fall des Widerspruchs vorgelegt werden soll". Nach geltendem Recht ist das zur Erlassung des Zahlungsbefehls zuständige Gericht zugleich Streitgericht, wenn nicht — was schon zulässigerweise im Gesuch um Erlassung des Zahlungsbefehls geschehen kann (§ 697 II

[5] Suchier DRZ 1931 S. 260 ff.

[6] Zustimmend Kisch LeipzZ 1931 S. 1355.

ZPO) — Antrag auf Verweisung an das Landgericht gestellt ist. Nach dem E, der das Mahnverfahren dem Vollstreckungsgericht zuweist, ist die Angabe des Streitgerichts erforderlich geworden; sie kann nachgeholt werden, solange das Vollstreckungsgericht die Akten dem Streitgericht noch nicht vorgelegt hat (§ 802 II S. 3 E). Gibt der Gläubiger kein Streitgericht an, so läßt der E (§ 802 II S. 4) das Amtsgericht, dem das Vollstreckungsgericht angehört, als benannt gelten. Auch für ein auf diese Weise als benannt geltendes Amtsgericht gilt die Vermutung der sachlichen Zuständigkeit, wie § 808 II S. 1 E für den Fall der Verhandlung vor dem Streitgericht auf erhobenen Widerspruch hin ausspricht.[7]

Für den Fall, daß sich aus den Behauptungen des Gläubigers die Zuständigkeit eines ausschließlich zuständigen Sondergerichts (insbesondere des Arbeitsgerichts) als Streitgericht ergibt, empfiehlt es sich, dieses Sondergericht als benannt gelten zu lassen. Damit wird in diesen Fällen der zeit- und arbeitraubende Umweg über das Amtsgericht vermieden. Eine Vorschrift dieses Inhalts sollte daher dem § 802 II E angefügt werden.

Mit dem Antrag auf Erlassung des Zahlungsbefehls können neben den gesetzlichen Erfordernissen weitere ergänzende Angaben und Anträge verbunden werden. Nach welcher Richtung derartige Erweiterungen in der Praxis üblich sind, ergibt in lehrreicher Weise die Fassung der heute ziemlich allgemein verwendeten von den Landesjustizverwaltungen herausgegebenen bzw. gutgeheißenen „Amtlichen Vordrucke". Ihre Besonderheiten werden jeweils im Anschluß an die einzelnen zu behandelnden Fragen dargestellt werden. Neben den Vordrucken für gewöhnliche Ansprüche bestehen in den einzelnen Ländern Vordrucke für hypothekarische- und Grundschuldforderungen, für Forderungen gegen Eheleute und für Forderungen, die im Urkunden- oder Wechselmahnverfahren geltend gemacht werden (Preußen, Baden).

---

[7] E S. 468.

Mit dem Antrag auf Erlassung des Zahlungsbefehls kann in erster Linie der Antrag auf Terminsanberaumung für den Fall des Widerspruchs verbunden werden.[8] Nach dem E ist ein Antrag auf Verhandlungstermin nicht mehr erforderlich; der Antrag auf Erlassung des Zahlungsbefehls hat für den Fall des Widerspruchs von Gesetzes wegen zugleich die Bedeutung des bisherigen Antrags auf Terminsanberaumung.[9]

In dem Antrag auf Erlassung des Zahlungsbefehls kann weiter, wie sich aus dem gesetzlich vorgeschriebenen Inhalt des Zahlungsbefehls (§ 805 E — § 692 ZPO) ergibt, eine Berechnung der Kosten des Gläubigers enthalten sein. Unter der Herrschaft der EntlVO war eine Verpflichtung des Gläubigers zur Berechnung seiner Kosten als Sollvorschrift im § 14 II eingeführt. Eine solche Vorschrift besteht nicht mehr, wird auch vom E nicht vorgesehen. Dennoch ist die Kostenberechnung im Antrag auf Erlassung des Zahlungsbefehles üblich und zweckmäßig.

Der Zinsanspruch ist als Nebenanspruch des geltend gemachten Zahlungs- oder Leistunganspruchs in den Antrag aufzunehmen. Der Anspruch auf Zahlung von Zinsen, die die Höhe der gesetzlichen Verzugszinsen (4 bzw. 5 %) übersteigen, ist, wie in der Praxis mit Recht empfohlen wird, als gesonderter Schadensersatzanspruch von dem Anspruch auf Zahlung der Verzugszinsen zu trennen.[10] Die im geltenden Recht streitige Frage,[11] ob der Antrag auf Erlassung des Vollstreckungsbefehls als bedingter Antrag schon im Gesuch um Erlassung des Zahlungsbefehles geltend gemacht werden könne, ist für den E gegenstandslos. Er kennt einen Voll-

[8] Die amtlichen Formulare enthalten sämtlich diesen Antragsvordruck; bei mündlicher Antragstellung ist der Gläubiger zu belehren und zu befragen (Preußen GeschO § 29, 1).

[9] E S. 471, 466.

[10] Empfehlenswert ist die Fassung des badischen Vordrucks: „Soweit berechnete Zinsen die gesetzlichen Zinsen übersteigen, sind sie als besonderer Verzugsschaden geltend gemacht."

[11] Stein-Jonas § 699 II Anm. 6; Baumbach § 699 2.

streckungsbefehl nicht mehr, der Zahlungsbefehl wird vielmehr nach Ablauf der Widerspruchsfrist ohne erneuten Antrag vollstreckbar.[12]

In Österreich sind die zwingend vorgeschriebenen Mindestangaben des Gesuchs um Erlassung des Zahlungsbefehls im wesentlichen wie im deutschen Recht geregelt. Gemäß § 4 II GesMV hat der Gläubiger in dem Gesuch

1. seinen und des Schuldners Namen, Stand oder Gewerbe, und Wohnort zu bezeichnen,
2. den Betrag der Forderung und den Rechtsgrund derselben und, wenn die Forderung aus mehreren Posten besteht, den Betrag der einzelnen Posten und deren Rechtsgrund anzugeben.

Außerdem muß — was das Gesetz nicht ausdrücklich regelt — das Begehren um Erlassung des Zahlungsbefehls aus dem Gesuch ersichtlich sein. Eine Darstellung des Sachverhalts und Angabe von Beweismitteln ist nicht erforderlich.[13] Anders wenn das Begehren um Erlassung des Zahlungsbefehls (wie es sehr häufig der Fall ist) in einer zur Eintreibung der Forderung erhobenen Klage, der sogenannten „Mahnklage",[14] gestellt ist. Die allgemein üblichen Vordrucke[15] enthalten in diesem Falle nur den Antrag auf Erlassung eines bedingten Zahlungsbefehls und erst in der angeschlossenen Klage die weiteren erforderlichen Angaben, die dann zugleich den Bestimmungen über die Klageschrift gemäß durch Darstellung des Tatbestandes und Angabe der Beweise ergänzt werden.

Nach schweizerischem Recht hat das Gesuch um Erlassung des Zahlungsbefehls (das sogenannte Betreibungsbegehren) gemäß Art. 67 SchKG folgende Angaben zu enthalten:

---

[12] Der preußische Vordruck enthält noch den Antrag auf Erklärung der Sache zur Feriensache für den Fall des Güte- oder Streitverfahrens.

[13] Pollak, System S. 761.

[14] Pollak, System S. 762.

[15] Baltz-Baltzberg S. 36 ff.; Walther-Magyar S. 34 ff.

1. Name und Wohnort des Gläubigers und seines allfälligen Bevollmächtigten sowie, wenn der Gläubiger im Auslande wohnt, das von demselben in der Schweiz gewählte Domizil. Im Falle mangelnder Bezeichnung gilt das Lokal des Betreibungsamts als gewähltes Domizil;
2. Name und Wohnort des Schuldners und gegebenenfalls seines gesetzlichen Vertreters;
3. die Forderungssumme oder die Summe, für die Sicherheit verlangt wird, in gesetzlicher Schweizerwährung; bei verzinslichen Forderungen den Zinsfuß und den Tag, seit dem der Zins gefordert wird;
4. die Forderungsurkunde und deren Datum, in Ermangelung einer solchen der Grund der Forderung. Hier ist namentlich anzugeben,[16] ob und evtl. warum und für welchen Betrag es sich um eine (als Dienstlohn, Arbeitslohn, Frauengut usw.) priviligierte Forderung handelt (Art. 146 II, 219 SchKG).

Außer den gesetzlich vorgeschriebenen können noch weitere Angaben, wenn zweckdienlich, in das Betreibungsbegehren aufgenommen werden; das Betreibungsamt kann aber die Aufnahme weiterer Angaben nicht verlangen.[17]

In den kantonalen Prozeßordnungen sind besondere Vorschriften über die Inhaltserfordernisse sog. Rechtsbotbegehren nicht getroffen.

2. Form und Wirkung des Antrags auf Erlassung des Zahlungsbefehls.

Der Antrag auf Erlassung des Zahlungsbefehls kann nach dem E wie nach geltendem Recht schriftlich oder mündlich gestellt werden (§ 801 I S. 1 E, § 702 ZPO). Zulässig und üblich ist die Verwendung von Vordrucken. Auf Grund der neuen Bestimmungen der einzelnen Landesjustizverwaltungen haben die Beamten auf Verwendung der Amtlichen Vor-

[16] Jäger I Art. 67 Anm. 19.
[17] Jäger I Art. 67 Anm. 6; Schmid S. 49.

drucke und dreifache Gesuchsausfertigung hinzuwirken.[18] Wird der Antrag mündlich gestellt, so ist nach § 702 Halbs. 2 ZPO die Aufnahme eines Protokolls nicht erforderlich;[19] nach dem E (§ 801 I S. 1) ist der mündliche Antrag zur Niederschrift der Geschäftsstelle zu stellen, d. h. zu protokollieren. Die Änderung wird mit der gesteigerten Bedeutung des Antrags im E[20] begründet. Sie beruht aber weiterhin auf der grundlegenden Umgestaltung, die das Mahnverfahren im E erfährt. Im geltenden Recht war das Mahnverfahren bis vor wenigen Jahren allgemein Registerverfahren, d. h. „ein Verfahren, in welchem — soweit möglich — alle Schriftstücke den Beteiligten in Urschrift ausgehändigt werden und die Anlegung von Gerichtsakten in tunlichst weitem Umfange durch Vermerke in einem Register ersetzt wird".[21] Die ZPO schreibt zwar die Einrichtung von Mahnregistern nicht ausdrücklich vor. Die erforderlichen Anordnungen über die Einführung von Mahnregistern wurden vielmehr von den Landesjustizverwaltungen getroffen.[22] Der gesetzgeberische Gedanke, der die Einführung von Mahnregistern rechtfertigte: Herausgabe der Urschrift von Zahlungs- und Vollstreckungsbefehl an den Gläubiger zur Zustellung fiel aber fort, nachdem die Zustellung durch die Geschäftsstelle die Regel geworden war und wachsende Unzuträglichkeiten[23] dazu führten, die Urschrift

---

[18] Preußen GeschO vom 21. 10. 31. § 29; Baden Erl. vom 12. 12. 30. (JMBl. 1928 S. 127); Bayern Bekm. vom 9. 12. 32.

[19] Die neuen Ländervorschriften (s. oben Anm. 18) bestimmen, daß ein Protokoll nur aufgenommen wird, wenn die Geschäftsstelle den Antrag für unstatthaft hält und die Partei gleichwohl bei dem Antrag beharrt. Sonst ist über den Antrag ein kurzer Aktenvermerk zu fertigen, der mit Datum und Unterschrift zu versehen ist. In den Ländern, die noch Mahnregister führen, erfolgt nur Eintrag in die betreffende Spalte des Mahnregisters.

[20] E S. 466.

[21] Förster-Kann Anm. 2 vor § 688.

[22] Für das frühere Recht: Kurtz S. 16 ff. (Preußen 1911).

[23] Näheres unten S. 152.

bei den Akten zu behalten[24] und nur eine Ausfertigung zuzustellen. So haben in den letzten Jahren die meisten Länder die Einrichtung des Mahnregisters aufgehoben.[25] Die Mahnsachen werden seither in vereinfachter Form als Akten geführt.[26] Diese Gestaltung wird durch den E Gesetz werden: künftig wird allgemein der Antrag auf Erlassung des Zahlungsbefehls zur Anlegung einer Vollstreckungsakte auf den Namen des Schuldners führen.

Die Bestimmung des § 801 I S. 2 E, daß der Antrag auf Erlassung des Zahlungsbefehls mangels besonderer Angaben des Gläubigers zugleich als Antrag auf Durchführung der Vollstreckung gilt, entspringt dem Wunsch nach weiterer Beschleunigung des Verfahrens. Wie die Verfasser des E zur Begründung der Neuregelung sagen, übersieht der Gläubiger häufig die nach geltendem Recht (§ 699 ZPO) als notwendig erachtete Stellung des Antrags auf Erlassung des Vollstreckungsbefehls nach Ablauf der Widerspruchsfrist.[27] Die in Rechtsprechung und Schrifttum überwiegende Meinung läßt auch nicht zu, den Antrag auf Vollstreckungsbefehl schon als bedingten Antrag zugleich mit dem Antrag auf Erlassung des Zahlungsbefehls zu stellen.[28] Die dagegen geltendgemachten Einwände verlieren aber angesichts der viel weitergehenden Regelung im E an Gewicht. Das dogmatische Bedenken: „bedingte Anträge für eine künftige Prozeßlage, die nicht nur für den Fall der Abweisung des prinzipalen Antrags gestellt werden, seien nur auf Grund ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift zuzulassen",[29] sollte nicht entscheidend sein (vgl. auch § 697 II). Und auch das praktische Be-

---

[24] Für den Zahlungsbefehl schon seit der Nov von 1909 (§ 696 I ZPO).

[25] Näheres s. oben S. 57 Anm. 18.

[26] Vgl. dazu preuß. GeschO § 29 Nr. 3 und 4.

[27] E S. 466.

[28] Stein-Jonas § 699 II 1 (mit Rechtsprechung in Anm. 6), Förster-Kann § 699 1 b cc d, Hellwig § 254 III 2. A. A. Baumbach § 699, Seuffert § 699 I e mit Lit., Goldschmidt § 72 3 a. E.

[29] Stein-Jonas § 699 II 1 a. E.

denken: der Gläubiger, der innerhalb der Widerspruchsfrist vom Schuldner befriedigt werde, werde nur in den seltensten Fällen den Antrag rechtzeitig zurücknehmen, was zur Folge hätte, daß alljährlich Hunderttausende von Vollstreckungsbefehlen mit Vollstreckungsgefahr für den Schuldner zu Unrecht erlassen würden,[29] ist kein entscheidender Grund, den bedingten Antrag auf Erlassung des Vollstreckungsbefehls für unzulässig zu halten. Der Gläubiger, der auf Grund vorläufig vollstreckbaren Titels vollstreckt, handelt auf eigene Gefahr. Der Schuldner hat die Möglichkeit, Einspruch einzulegen, Einstellung der Vollstreckung zu beantragen und gegebenenfalls auf Schadensersatz nach § 717 II ZPO zu klagen. Die Gefahren bei formularmäßiger Stellung eines bedingten Antrags auf Erlassung des Vollstreckungsbefehls liegen m. E. nicht einseitig auf Seiten des Schuldners.

Erheblich schwerer wiegen die Bedenken gegenüber der Regelung im E: Einen Antrag auf Vollstreckbarerklärung des Zahlungsbefehls gibt es nicht mehr. Die Vollstreckbarkeit tritt mit Ablauf der Widerspruchsfrist ein. Vorbehalten kann sich der Gläubiger nur einen Antrag auf Durchführung der Vollstreckung. Ohne Vorbehalt eines solchen Antrags wird nicht etwa — wie es praktisch nach geltendem Recht möglich wäre — der Gläubiger in den Besitz eines vorläufig vollstreckbaren Titels gesetzt, sondern von Amts wegen zur definitiven Vollstreckung geschritten!

Eine Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens wird mit der Neuregelung im § 801 I S. 2 E zweifellos erzielt.[30] Aber die Schäden, die dem Schuldner aus ungerechtfertigter, in der Regel nicht wieder gutzumachender Vollstreckung erwachsen werden, wiegen bei gerechter Abwägung m. E. weit schwerer als die, die dem Gläubiger aus der unterlassenen oder verzögerten Stellung des Antrags auf Durchführung der Vollstreckung entstehen. Der Schaden des Gläubigers beruht

[29] Stein-Jonas § 699 II 1 a. E.
[30] Held JW 1931 S. 3405.

auf seiner eigenen Nachlässigkeit. Der Schuldner dagegen wird, wenn der Gedanke des E Gesetz wird, die ersten Vollstreckungsakte praktisch in vielen Fällen wehrlos über sich ergehen lassen müssen. Ihn auf die Abwendung der Pfändung durch Vorweisung seiner Zahlungsquittung gegenüber dem Gerichtsvollzieher zu verweisen,[31] ist ein schwacher Trost. Die Befugnis des Gläubigers, sich einen besonderen Antrag auf Durchführung der Vollstreckung vorzubehalten,[32] wird auf dem Papier stehen bleiben. Auch die Verpflichtung des Gläubigers, seine Befriedigung durch den Schuldner dem Vollstreckungsgericht mitzuteilen, schützt den Schuldner nicht gegen Vollstreckungen, wenn die Mitteilung des Gläubigers aus irgendwelchem Grunde entweder verspätet oder überhaupt nicht zur Kenntnis des Gerichts kommt. Wohl haftet der Gläubiger bei schuldhafter Unterlassung der Zurücknahme seines Vollstreckungsantrages, wie auch nach geltendem Recht,[33] für die unnötigerweise verursachten Kosten;[34] damit allein ist dem Schuldner aber wenig geholfen.

Die Bedenken, die für das geltende Recht gegen die Erlassung des Vollstreckungsbefehls ohne besonderen, nach Ablauf der Widerspruchsfrist zu stellenden Antrag sprechen, gelten also in verstärktem Maße gegen die in § 801 I S. 2 E getroffene Regelung. In der bisherigen kritischen Würdigung, die der E im Schrifttum gefunden hat, wird denn auch auf die mit dieser Bestimmung heraufbeschworenen Gefahren hingewiesen.[35] Selbst wenn die Vollstreckungsgerichte, dem Rat der Verfasser des E folgend, nach dem Ablauf der Widerspruchsfrist noch den ersten Posteingang abwarten, um ver-

[31] E S. 466.

[32] „Etwa weil er mit freiwilliger Zahlung rechnet" (E S. 466).

[33] Seuffert § 699 1 e.

[34] „Zahlt der Schuldner dagegen so spät, daß dem Gläubiger nach Lage des Falles eine rechtzeitige Benachrichtigung des Vollstreckungsgerichts nicht mehr möglich war, so treffen die Kosten den Schuldner" (E S. 466).

[35] Rosenberg DJZ 1932 S. 45; Kisch LeipzZ 1931 S. 1360.

gebliche Gänge des Gerichtsvollziehers zu vermeiden, werden diese Gefahren nur unzureichend die dem Schuldner drohenden Gefahren „zweckloser, aber verbitternder Vollstreckungen“[36] beheben.

In Österreich kann das Gesuch um Erlassung des Zahlungsbefehls wie im deutschen Recht schriftlich oder mündlich gestellt werden (§ 4 I GesMV). Mündlich angebrachte Gesuche sind in der Gerichtskanzlei zu Protokoll zu nehmen.[37] Früher war statt dessen die Eintragung mündlicher Gesuche in das Mahnregister von der Justizverwaltung angeordnet. Das Mahnregister ist 1920 aufgehoben worden. Mahngesuche und Mahnklagen werden nunmehr in das allgemeine Streitregister eingetragen.[38]

Auch in der Schweiz ist schriftliche oder mündliche Anbringung des sog. Betreibungsbegehrens beim Betreibungsamt vorgeschrieben (Art. 67 I S. 1 SchKG). Bei schriftlichem Begehren ist die Verwendung des Amtlichen Formulars nicht obligatorisch.[39] Wird das Begehren mündlich gestellt, so hat es das Betreibungsamt auf ein Formular einzutragen und dieses von Begehrenden unterzeichnen zu lassen.

Der Antrag auf Fortsetzung der Betreibung nach Ablauf der Widerspruchsfrist kann nicht schon in dem Betreibungsbegehren gestellt werden.[40] Wünsche nach Änderung sind auch in der Kritik nicht laut geworden.[41]

Die kantonalen Prozeßordnungen treffen besondere Vorschriften nur für den unter den dortigen Verhältnissen als Regelfall zu betrachtenden Fall mündlicher Anbringung des Rechtsbotbegehrens. Für diesen Fall ist der Behörde wortgetreue Protokollierung vorgeschrieben.[42]

---

[36] Rosenberg DJZ 1932 S. 45.
[37] Geschäftsordnung § 319 Ziff. 3, Neumann, Komm. S. 357.
[38] Näheres bei Neumann, Komm. S. 357 zu §§ 8, 17, 19.
[39] Jäger I Anm. 3 zu Art. 67, Schmid S. 12.
[40] Näheres unten S. 162/3.
[41] Haab in Zeitschr. f. Schweizerisches Recht NF 51 (1932) S. 245 a ff.
[42] Appenzell A.Rh. Art. 7, St. Gallen Art. 281; s. auch Fritzsche S. 49.

3. Die gerichtliche Behandlung des Antrags auf Erlassung des Zahlungsbefehls.

Die gerichtliche Behandlung des Antrags auf Erlassung des Zahlungsbefehls ist im E (§§ 803, 804) nur z. T. in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht (§ 691 ZPO) geregelt. Neu ist die Bestimmung des § 803 I S. 1 E: Über den Antrag soll spätestens am Tage nach seinem Eingang Beschluß gefaßt werden. Diese Bestimmung findet ihr Vorbild im schweizerischen Recht (vgl. die noch weitergehende Bestimmung des Art. 71 I SchKG);[43] mit ihrer Einführung wird die schleunige Behandlung der Anträge bezweckt.[44] Wenn die Bestimmung auch nur eine Sollvorschrift ist, wird sie doch — wie zu hoffen ist — schon allein durch ihr Bestehen ihren Zweck erreichen. Sie ist im Interesse der allgemein erwünschten Beschleunigung des Verfahrens entschieden zu begrüßen.[45]

Der Zahlungsbefehl ist nach Form und Inhalt ein gerichtlicher Beschluß (§§ 803 I S. 1, 800 E). Er ist aber in Abweichung von der allgemeinen Vorschrift des § 782 II E nicht mit einer Begründung zu versehen; § 805, der die Erfordernisse des Zahlungsbefehls aufzählt, ist gegenüber der allgemeinen Vorschrift als Sondervorschrift anzusehen.[44] Die Vollstreckungsbeschwerde gegen den Zahlungsbefehl ist anders als nach allgemeiner Vorschrift nur wegen Verfahrensmängeln statthaft. Zur materiellen Anfechtung des Zahlungsbefehls ist nur der Widerspruch (§ 807 E) gegeben.

Die Prüfung des Antrags auf Erlassung des Zahlungsbefehls findet wie auch nach geltendem Recht[46] lediglich auf Grund des Antrags ohne Gehör des Schuldners statt. Da das Mahnverfahren vom E als Teil der Vollstreckung ausgestaltet ist, bestimmt § 803 I S. 2 E, um Zweifel auszuschließen, noch ausdrücklich: der Schuldner ist nicht zu hören; Ermitt-

---

[43] S. unten S. 73.
[44] E S. 468.
[45] Held JW 1931 S. 3405; Kisch LeipzZ 1931 S. 1356.
[46] Stein-Jonas § 691 I 3 2. Abs.

lungen (§ 774)[47] finden nicht statt. Damit ist nicht ausgeschlossen, daß das Vollstreckungsgericht von Amts wegen Erkundigungen einziehen könnte, z. B. um sich über seine Benachrichtigungspflicht Klarheit zu schaffen.[48] Diese Erkundigungstätigkeit darf indessen nicht dazu führen, daß die Erlassung des Zahlungsbefehls verzögert wird.

Nach den inhaltlich übereinstimmenden Vorschriften des § 803 II S. 1 E = § 691 I ZPO wird der Antrag auf Erlassung des Zahlungsbefehls zurückgewiesen, wenn er nicht den Voraussetzungen des § 802 E (§ 688 — § 690 ZPO) entspricht oder seine Prüfung durch das Gericht ergibt, daß der Anspruch überhaupt oder z. Z. nicht begründet ist. Das Gericht (Richter bzw. Rechtspfleger) hat demnach zunächst die formelle Ordnungsmäßigkeit des Antrags zu prüfen. Im Anschluß daran hat es festzustellen, ob die allgemeinen Prozeßvoraussetzungen vorliegen, soweit diese von Amts wegen zu beachten sind oder ob — wie der E (§ 258 II) sagt, — hinsichtlich ihres Vorliegens Bedenken bestehen. Als solche „Prozeßvoraussetzungen" kommen hier nur in Betracht:[49]

1. die Zulässigkeit des Rechtswegs,
2. die Zuständigkeit des Gerichts (§ 800 E = § 689 ZPO), soweit sie eine sachlich und örtlich ausschließliche ist; (im Hinblick auf die ausschließliche örtliche Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts des schuldnerischen Wirtschaftszentrums von erhöhter Bedeutung im E),
3. die Partei- und Prozeßfähigkeit (hierbei ist zu bemerken, daß nach § 52 II E der nicht rechtsfähige Verein auch aktiv parteifähig ist, daher als Gläubiger einen Zahlungsbefehl auf seinen Namen beantragen kann),
4. die gesetzliche Vertretung.

---

[47] Wie sie das Vollstreckungsgericht sonst im Vollstreckungsstadium nach seinem Ermessen anstellen kann.

[48] E S. 468.

[49] Stein-Jonas § 691 I 1.

Das Vorliegen der Rechtshängigkeit ist im Einklang mit der für das geltende Recht herrschenden Meinung[50] auch nach dem E nicht von Amts wegen zu prüfen. Zwar ist die Rechtshängigkeit nach § 258 II E für den Prozeß als „Prozeßvoraussetzung" von Amts wegen zu prüfen; da der Zahlungsbefehl nach dem E aber nur die Vollstreckung einleitet, kann in seinem Erwirken noch kein „Anhängigmachen der Streitsache" (§ 219 Ziff. 1 E) erblickt werden. Dagegen ist nach dem E im Gegensatz zu der ausdrücklichen Regelung in § 703 ZPO das Vorliegen einer Vollmacht zu prüfen. Der nach geltendem Recht bestehende Zwiespalt bei Behauptung gesetzlicher und vertraglicher Vertretungsmacht ist damit gefallen. Auch nach geltendem Recht ist indes gemäß dem Grundsatz des § 88 II ZPO für das Gesuch um Erlassung des Vollstreckungsbefehls die Vollmacht nachzuweisen.[51] Nach dem E leitet schon der Zahlungsbefehl die Vollstreckung ein; der Antrag, ihn zu erlassen, gilt mangels besonderen Vorbehalts als Antrag auf Durchführung der Vollstreckung bzw. (im Falle erhobenen Widerspruchs) Terminsanberaumung: der E verlangt daher — insoweit in Übereinstimmung mit dem auch im geltenden Recht für die weiteren Verfahrensakte bestehenden Grundsatz — den Vollmachtsnachweis für den Antrag auf Erlassung des Zahlungsbefehls.[52]

An die Prüfung des Antrags hinsichtlich seiner Ordnungsmäßigkeit und des Vorliegens der Prozeßvoraussetzungen schließt sich die Prüfung hinsichtlich der besonderen Rechtsschutzvoraussetzungen des Mahnverfahrens (§ 800 E = § 688 ZPO), im Hinblick also auf die Eignung des Anspruchs zur Geltendmachung im Mahnverfahren. Da nach geltendem Recht das Mahnverfahren „nicht stattfinden kann", wenn die Zustellung des Zahlungsbefehls im Ausland oder durch öffent-

---

[50] Stein-Jonas § 691 I 1 u. a.; a. A. Hellwig § 253 III 3 b, Seuffert § 691 1, § 274 10 a.

[51] A. A. Hellwig, der den Vollmachtsnachweis erst für den Einspruch, „den Beginn des ordentlichen Verfahrens", für nötig hält (§ 253 III 7).

[52] E S. 477, Kisch LeipzZ 1931 S. 1362.

liche Bekanntmachung erfolgen müßte (§ 688 II ZPO), ist auch das Nichtvorliegen dieser Tatsachen als Rechtsschutzvoraussetzung von Amts wegen zu prüfen. Anders nach dem E, der, wie später darzustellen ist,[53] in diesen Fällen die Erlassung des Zahlungsbefehls zuläßt und nur seine Zustellung ausschließt (§ 806 III).

Hat die vorgenommene Prüfung des Antrags auf Erlassung des Zahlungsbefehls keinerlei Bedenken gezeitigt, so ist schließlich der geltendgemachte Anspruch auf seine Schlüssigkeit zu prüfen. Der Anspruch ist schlüssig, wenn er nach den vom Gläubiger angegebenen Tatsachen rechtlich begründet und fällig ist. Das Gericht hat die vom Gläubiger vorgebrachten Tatsachen unter das Gesetz zu subsumieren; Nichtigkeitsgründe und Einredetatsachen, die sich aus dem Antrag selbst ergeben, müssen von Amts wegen berücksichtigt werden.[54]

Ergibt sich in irgendeinem Stadium der Prüfung ein Mangel des Antrags, so kann der Richter den Antrag dem Gläubiger zur Verbesserung zurückgeben. Er wird es regelmäßig tun, wenn der Mangel behebbar erscheint, so wenn lediglich die Fassung des Antrags, der Mangel an Angaben über die Zuständigkeit oder über unwesentliche Formalien[55] beanstandet werden. Verpflichtet ist der Richter zur Anhörung des Gläubigers nach dem E niemals, nach geltendem Recht nur für den Fall, daß der Antrag zurückgewiesen wird, weil der Zahlungsbefehl nur in Ansehung eines Teiles des Anspruchs nicht erlassen werden kann (§ 691 II ZPO). Die Verpflichtung zum Gehör des Gläubigers vor der Zurückweisung ist erst durch die Nov von 1909 eingeführt. Sie hat zweifellos dazu beigetragen, das Verfahren zu beschleunigen und unnötige Doppelarbeit zu vermeiden. Das Gehör kann mündlich oder schriftlich gewährt werden. Äußert sich der Gläubiger

[53] Näheres s. unten S. 88.

[54] Stein-Jonas § 691 I 3.

[55] Förster-Kann § 691 2 a. Stein-Jonas § 691 II, Rosenberg, Lehrbuch § 166 III 3.

nicht oder läßt er den beanstandeten Teil nicht fallen, so erfolgt die Zurückweisung des ganzen Gesuches.[56] Nach dem E ist die Anhörung des Gläubigers entbehrlich. Denn in Abweichung vom geltenden Recht kann der Zahlungsbefehl, wenn er in Ansehung eines Teils des Anspruchs nicht erlassen werden kann, immerhin für den unbeanstandeten Teil erlassen werden (§ 803 III E).

Stehen verschiedene selbständige Ansprüche in Frage, so ist der Zahlungsbefehl wie nach geltendem Recht für den nicht beanstandeten Anspruch stets zu erlassen. Denn das Gesetz unterscheidet zwischen Teil eines Anspruchs und einer Mehrheit von Ansprüchen (vgl. auch § 301 ZPO).[57] Hingegen sind Nebenansprüche (Zinsen- und Kostenforderungen) als „Teil des Anspruchs" anzusehen. Ist also im Antrag des Gläubigers ein den gesetzlichen Zinsfuß übersteigender Zins ohne Bezeichnung als Verzugsschaden gefordert, so kann nach geltendem Recht bei strenger Auslegung der Zahlungsbefehl mangels Schlüssigkeit des Anspruchs nicht erlassen werden. Für derartige Fälle ist gerade die durch den E (§ 803 III) geschaffene Möglichkeit, den Zahlungsbefehl hinsichtlich des schlüssigen Anspruchsteils zu erlassen, begrüßenswert.

Im übrigen bleiben die Bedenken, die die Verfasser der geltenden ZPO von der Zulassung eines Zahlungsbefehls für einen Teil eines Anspruchs abgehalten haben,[58] auch für die Regelung im E bestimmt. „Der Anspruch wird durch eine teilweise Zurückweisung u. U. in zwei Prozesse zersplittern, deren einer durch das Mahnverfahren, der andere durch den ordentlichen Prozeß ohne Garantie für ein übereinstimmen-

---

[56] In Preußen (GeschO § 29 5, ähnlich Baden) ist regelmäßig der Antrag urschriftlich mit den erforderlichen Hinweisen zurückzugeben; anders, wenn nur Kosten einzufordern sind oder ersichtlich ist, daß die Unterbrechung der Verjährung in Betracht kommt. Besonders ist darauf zu achten, daß sämtliche Beanstandungen auf einmal mitgeteilt werden.

[57] Mot. S. 382.

[58] Mot. S. 382.

des Resultat getrieben würde."[58] Die Zersplitterungsgefahr ist sogar nach dem E u. U. noch vergrößert, wenn gegen den vollstreckbar gewordenen Teil des Zahlungsbefehls vor dem gemäß § 845 E ausschließlich zuständigen Gericht Klage erhoben wird, während für den Forderungsrest Klage vor einem anderen Streitgericht läuft.[59] Nicht verständlich ist mir die Begründung, die die Verfasser des E der Einführung des § 803 III damit geben, daß die durch die erschwerte Widerspruchseinlegung dem Gläubiger gegebene Sicherung gegenüber einer Überleitung des Verfahrens in einen Prozeß ihm auch hinsichtlich eines Anspruchsteils zukommen müsse. Auch ohne Erschwerung der Widerspruchseinlegung und dadurch erhoffte Sicherung besteht und bestand ein Interesse des Gläubigers an der Zulassung des Zahlungsbefehls hinsichtlich eines Anspruchsteils. Nur aus schwerwiegenden prozessualen Bedenken hat man von dieser Zulassung im geltenden Recht abgesehen. Auch m. E. gibt es Fälle, wo das besondere Interesse des Gläubigers schwerer wiegt als diese Bedenken, so wenn der Zahlungsbefehl nur wegen eines Teils des Anspruchs oder wegen Nebenforderungen nicht erlassen werden kann. Eine Aufnahme eines derartigen einschränkenden und klarstellenden Zusatzes in die Bestimmung des § 803 III E wird m. E. die Brauchbarkeit dieser Vorschrift erhöhen und berechtigte Bedenken nach Möglichkeit berücksichtigen.

Die Zurückweisung des Antrags auf Erlassung des Zahlungsbefehls erfolgt in Form einer Verfügung (§ 803 II S. 1 E = § 691 III ZPO). In Abweichung vom geltenden Recht bestimmt § 803 II S. 2, daß diese Verfügung zu begründen und dem Antragsteller zuzustellen ist. Die Beifügung von Gründen ist zwar auch in der geltenden Praxis allgemein üblich; denn „ein Richter, der seines Amtes mit gebührender Rücksicht auf die Interessen der Rechtsuchenden waltet, wird den Grund nicht verschweigen".[60] Eine gesetzliche Ver-

[58] Mot. S. 382.

[59] S. auch die Ausführungen von Schultze DJZ 1932 S. 648.

[60] So treffend Seuffert § 691 1 d.

pflichtung zur Begründung der Entscheidung besteht aber nicht.[61] Über die Form, wie die zurückweisende Verfügung dem Antragsteller nach geltendem Recht bekanntzugeben ist, besteht in Ermangelung einer ausdrücklichen Regelung Streit. Die Form der Zustellung wird allgemein m. R. für entbehrlich gehalten. Die meisten Geschäftsordnungen ordnen denn auch formlose Mitteilung der Verfügung an.[62] Die Verfügung, durch die das Gesuch zurückgewiesen wird, ist nach den Bestimmungen der meisten Landesjustizverwaltungen[63] auf dem Protokoll oder dem Gesuch niederzuschreiben und in Urschrift hinauszugeben. Ist der Gläubiger anwesend, so wird auch eine formlose mündliche Eröffnung als Form der Bekanntgabe mit Recht als genügend angesehen.[64] Der Einwand, diese Form der Bekanntgabe lasse das Gesetz (§ 329 ZPO) nur für Entscheidungen zu, die auf Grund mündlicher Verhandlung ergehen und außerdem beurkundet werden, ist nicht stichhaltig; § 329 ZPO ist nach Stellung und Zweck nur für das Verfahren bei den Landgerichten bestimmt.

Gegen die Verfügung, durch die der Antrag auf Erlassung des Zahlungsbefehls zurückgewiesen wird, ist nach dem E, anders als nach geltendem Recht, Erinnerung möglich. Die Erinnerung, die form- und fristlos zulässig ist, ist zwar nicht formell, aber der Sache nach als Rechtsmittel anzusehen.[65] Über die Erinnerung entscheidet das Vollstreckungsgericht, also grundsätzlich der Amtsrichter. Man wird aber annehmen müssen, daß auf die Erinnerung hin der Rechtspfleger, der die angefochtene Verfügung erlassen hat, auch zur Erledigung der Erinnerung durch Erlassung des beantragten Zahlungsbefehls, die die angefochtene Verfügung gegenstandslos

---

[61] Stein-Jonas § 691 II.

[62] Anders vor allem die sächsische „Zustellung von Amts wegen", s. Stein-Jonas § 691 Anm. 4.

[63] Preußen GeschO § 29 Nr. 7, Bayern, Baden Erl. vom 12. 12. 30. Nr. 4 (anders für Kosteneinforderungen).

[64] A. A. Hellwig § 253 III a γ, Förster-Kann § 691 2 a.

[65] Stein-Jonas § 104 V 6.

macht, zuständig ist. Auch über die Erinnerung ist durch Verfügung zu entscheiden, ein weiteres Rechtsmittel daher ausgeschlossen (§ 803 II S. 3 E); denn eines Instanzenzuges hinsichtlich der Abweisung bedarf es nicht — wie der E[66] mit Recht betont —, da dem abgewiesenen Gläubiger der Prozeßweg offen steht.

Im geltenden Recht ist demgegenüber die den Antrag auf Erlassung des Zahlungsbefehls zurückweisende Verfügung der Beschwerde entzogen (§ 691 III ZPO). Der Ausschluß jeder Anfechtungsmöglichkeit gegenüber dieser Verfügung gilt für alle Fälle der Zurückweisung.[67] Hingegen ist, soweit die Erlassung des Zahlungsbefehls durch die Landesjustizverwaltungen Urkundsbeamten (Rechtspflegern) übertragen worden ist, die Möglichkeit einer Anrufung des Gerichts gegen die zurückweisende Verfügung durch die Bestimmung des Art. VI § 3 II EntlG in Verbindung mit § 576 ZPO geschaffen.[68] Diese Anrufung des Amtsgerichtes ist kein Rechtsmittel und daher gegenüber der Sondervorschrift des § 691 III ZPO zuzulassen.[69]

Für bedingte und noch nicht fällige Ansprüche kann ein Zahlungsbefehl grundsätzlich nicht erlassen werden. Denn der Antrag auf Erlassung des Zahlungsbefehls ist gemäß § 803 II S. 1 E – § 691 I ZPO zurückzuweisen, wenn der Anspruch „z. Z. nicht begründet ist". Dies gilt nach geltendem Recht[70] auch dann, wenn auf künftige Leistung Klage erhoben werden könnte (§§ 257—259 ZPO; in der Fassung des E „Urteil ergehen könnte"). Denn der Zahlungsbefehl kann mangels ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift dem Schuld-

---

[66] S. 468.

[67] Stein-Jonas § 691 IV; über den Grund der Vorschrift vgl. Mot. S. 382.

[68] Jetzt (3. Aufl.) auch zustimmend Rosenberg, Lehrbuch § 166 III 3 a. E.

[69] Stein-Jonas § 691 IV a. E., Baumbach § 691 3, Volkmar JW 1921 S. 380, Rosenberg § 150 I 2 b.

[70] Stein-Jonas § 688 I 3, Seuffert § 688 2 b, Hellwig § 253 III 1 b.

ner nur die kurzfristige Befriedigung des Gläubigers aufgeben, ist also zur Geltendmachung bedingter oder noch nicht fälliger Ansprüche nicht geeignet.[71] Hier trifft der E eine beachtliche Neuerung hinsichtlich noch nicht fälliger, kalendermäßig befristeter Ansprüche.

Nach § 804 E kann ein Zahlungsbefehl auch erlassen werden, solange ein kalendermäßig bestimmter Termin noch nicht eingetreten ist. Handelt es sich um später fällig werdende Teilbeträge einer Forderung, so ist dies ohne weiteres möglich. Im übrigen wird eine Glaubhaftmachung der Vollstreckungsgefährdung vom Gläubiger gefordert. Denn regelmäßig ist die Einleitung der Vollstreckung vor Fälligkeit des Anspruchs nicht veranlaßt.[72] Abgesehen von diesem Fall ist bei kalendermäßig befristeten, noch nicht fälligen Ansprüchen in Abweichung von dem Grundsatz des § 803 II S. 1 E die Bescheidung des Antrags auszusetzen und dem Gläubiger hiervon Nachricht zu geben. Der Zahlungsbefehl wird sodann ohne weiteres bei Eintritt der Fälligkeit erlassen. Ist ein Zahlungsbefehl über eine noch nicht fällige, kalendermäßig bestimmte Leistung ergangen, so darf gemäß § 815 I E die Durchführung der Vollstreckung erst nach Ablauf des fristbeendenden Kalendertages (und außerdem Ablauf der Widerspruchsfrist, § 805 I a. E.) begonnen werden. An der Dauer der Widerspruchsfrist wird hierdurch nichts geändert. Die Erlassung des Zahlungsbefehls ist, soweit sie für noch nicht fällige Ansprüche zugelassen ist, dem Richter vorbehalten (§§ 1023 Ziff. 5, 804). Steht eine andere als eine kalendermäßige Befristung oder eine Bedingung des geltend gemachten Anspruchs aus, so „soll" gemäß § 804 S. 2 ein Zahlungsbefehl nicht ergehen. Als Bedingung wird — terminologisch unrichtig — anscheinend auch die Abhängigkeit des Anspruchs von einer noch nicht erfolgten Gegenleistung ange-

[71] RG 90, 177; DJZ 1900 S. 301.

[72] E S. 468.

sehen.[73] In den Fällen, in denen demnach ein Zahlungsbefehl nicht erlassen werden soll, ist das Rechtsschutzinteresse des § 207 II an der Erhebung der Klage für den Gläubiger gegeben.

Wird ein Zahlungsbefehl erlassen, obwohl ein nur durch Klage verfolgbarer befristeter oder bedingter Anspruch vorlag, so kann dieser Verstoß vom Schuldner nur durch die gewöhnlichen im Mahnverfahren zugelassenen Rechtsbehelfe geltend gemacht werden. Unterläßt er dies, so wird der Zahlungsbefehl voll wirksam. Mit dem E[74] ist zu unterscheiden: 1. die unzulässige Befristung oder Bedingung ist im Zahlungsbefehl nicht aufgeführt. Hier kann der Schuldner, da es sich um eine Einwendung gegen den Bestand des geltendgemachten Anspruchs handelt, nach § 807 E nur Widerspruch einlegen; nach fruchtlosem Ablauf der Widerspruchsfrist wird der Anspruch unbedingt und unbefristet vollstreckbar . . .; 2. die unzulässige Befristung oder Bedingung ist im Zahlungsbefehl aufgeführt. Da es sich in diesem Falle um einen prozessualen Verstoß handelt — die Erlassung eines Zahlungsbefehls wie erlassen ist unzulässig — hat der Schuldner gegen ihn nur die Vollstreckungsbeschwerde (§§ 840, 841 E). Unterließ er sie, so tritt mit dem Ablauf der Beschwerdefrist die Vollstreckbarkeit ein. Doch ist gemäß § 815 I E wenigstens die Durchführung der Vollstreckung erst nach dem Eintritt des Termins oder der Bedingung statthaft. Anders im ersten Falle, da dort Bedingung bzw. Befristung im vollstreckbaren Zahlungsbefehl nicht aufgeführt sind.[75]

Die Neuregelung des § 804 E stellt eine wesentliche Erweiterung des Mahnverfahrens gegenüber dem geltenden Rechtszustand dar. Mit der Zulassung des Zahlungsbefehls für kalendermäßig befristete Ansprüche entspricht sie einem unleugbarem Bedürfnis der Praxis.[76] Die getroffenen Unter-

[73] E S. 477 zu § 816.
[74] E S. 469.
[75] A. A. anscheinend E S. 469 zu § 804 1. S.
[76] Held JW 1931 S. 3504.

scheidungen in der Neuregelung sind praktisch zweckmäßig und dogmatisch lückenlos ausgestaltet.

In Österreich ist die Behandlung des Gesuchs um Erlassung des Zahlungsbefehls durch das Gericht in § 5 GesMV geregelt. Gemäß § 5 I ist das Gesuch ohne Anhörung des Schuldners zu erledigen. Das Gesuch ist nach § 5 II zurückzuweisen, wenn es den Bestimmungen der §§ 1—4 GesMV nicht entspricht oder wenn sich aus den Angaben des Gesuchstellers ergibt, daß die Forderung überhaupt oder z. Z. unstatthaft oder daß dieselbe noch durch eine Gegenleistung bedingt ist. Diese Regelung entspricht der des deutschen Rechts (§ 303 II S. 1 E = § 691 I ZPO). Es sind demnach zunächst die allgemeinen Prozeßvoraussetzungen und die Ordnungsmäßigkeit des Gesuchs (§ 4) zu prüfen, dann die besonderen Rechtsschutzvoraussetzungen des Mahnverfahrens (§§ 1, 2 GesMV); zu diesen gehört u. a. in Abweichung vom deutschen Recht die Einhaltung der vorgeschriebenen Forderungshöchstgrenze.

Das Gesuch wird auch dann abgewiesen, wenn ihm nur zu einem Teil entsprochen werden könnte.[77] Eine Verpflichtung, in diesem Falle vor der Zurückweisung den Gläubiger zu hören, ist dem österreichischen Recht nicht bekannt. Dagegen ist nach der Bestimmung des § 5 III GesMV gegen die Verweigerung der Erlassung des Zahlungsbefehls der Rekurs binnen acht Tagen zulässig. Der Rekurs entspricht der Beschwerde des deutschen Zivilprozeßrechts. Er wird (§ 520 österr. ZPO) bei dem Gerichte erhoben, dessen Entscheidung angefochten wird, also bei dem Bezirksgericht bzw. dem Wiener Bezirksgericht für Handelssachen (§ 2 GesMV). Rekursgericht ist das übergeordnete Kreis- oder Landesgericht (§ 3 JurN). Gegen dessen Entscheidung ist ein weiteres Rechtsmittel nicht gegeben (§ 528 ZPO). Der Rekurs kann bei dem Bezirksgericht von einer Partei, die nicht durch einen Advokaten vertreten ist, mündlich zu Protokoll eingelegt wer-

[77] Pollak, System S. 761 Anm. 18.

den; andernfalls ist der Rekurs durch Überreichung eines von einem Advokaten unterschriebenen Schriftsatzes — Rekursschrift — zu erheben.

Der Beschluß über die Zurückweisung des Gesuches um Erlassung des Zahlungsbefehls ist dem Gesuchsteller zuzustellen. Denn erst durch die Zustellung wird die Rekursfrist in Lauf gesetzt. Eine Zustellung an den Schuldner wird nach der auch hier anwendbaren Vorschrift des § 427 II ZPO nur auf Ersuchen des Gesuchstellers zu erfolgen haben.

Wegen bedingter, befristeter oder von einer Gegenleistung abhängiger Ansprüche kann ein Zahlungsbefehl nach österreichischem Recht auch dann nicht erlassen werden, wenn gemäß § 406 ZPO zu später fällig werdenden Leistungen verurteilt werden könnte.

Nach schweizerischem Recht ist das Betreibungsamt nur bei vollständiger Angabe der für das Betreibungsbegehren als wesentlich aufgezählten Erfordernisse des Art. 67 SchKG zur Erlassung des Zahlungsbefehls verpflichtet.[78] Inwieweit eine Prüfung sonstiger allgemeiner Verfahrensvoraussetzungen (Rechtsfähigkeit, Handlungsfähigkeit der Parteien) zulässig und erforderlich ist, ist in der schweizerischen Praxis nicht geklärt.[79] Vollmachtsnachweis eines Vertreters des Gläubigers wird nicht gefordert.[79] Die Erlassung — und gemäß Art. 71 I SchKG auch die Zustellung — des Zahlungsbefehls hat spätestens an dem auf den Eingang des Betreibungsbegehrens folgenden Tag zu geschehen.

Soweit das Betreibungsamt zur Erlassung des Zahlungsbefehls nicht verpflichtet ist, hat es das Betreibungsbegehren des Gläubigers zurückzuweisen. Ein dennoch erlassener Zahlungsbefehl ist aber im allgemeinen wirksam und vom Schuldner nur mit den gesetzlich zugelassenen Rechtsbehelfen (Rechtsvorschlag bzw. Beschwerde) angreifbar. Nur bei Fehlen wesentlicher Verfahrensvoraussetzungen kann auch eine

[78] Jäger I Art. 67 Anm. 6.
[79] Jäger I Art. 67 Anm. 5.

Aufhebung des Zahlungsbefehls von Amts wegen in Frage kommen.[80] Weist das Betreibungsamt das Gesuch des Gläubigers zurück, so hat es den Gläubiger von dem Mangel in Kenntnis zu setzen.[81] Unterläßt es dies, so macht es sich einer Rechtsverweigerung schuldig,[82] gegen die der Gläubiger das Recht jederzeitiger Beschwerde an die Aufsichtsbehörde hat (Art. 17 III SchKG). Daneben kann diese Rechtsverweigerung u. U. eine Schadensersatzklage gegen den zuständigen Betreibungsbeamten bzw. den Kanton begründen (Art. 5, 6 SchKG). — Besondere Vorschriften über die Behandlung der Rechtsbote bestehen in den Kantonen nicht.

IV. Die Erlassung des Zahlungsbefehls.

Ergibt die Prüfung des Antrags auf Erlassung des Zahlungsbefehls keinen Mangel, so erläßt das Gericht — Richter bzw. Rechtspfleger — den Zahlungsbefehl. Nach dem Gerichtskostengesetz (§ 74) soll dies erst nach Zahlung der in § 31 festgesetzten Gebühr geschehen. Soweit der Rechtspfleger mit der selbständigen Erledigung der Anträge auf Erlassung des Zahlungsbefehls betraut ist, wird ihm m. R. auch die Entscheidung über Gesuche um Freistellung von der gesetzlichen Gebühr nach § 74 IV GKG und um Bewilligung des Armenrechts (§§ 117 ff. E = §§ 114 ff. ZPO) zugebilligt.[1]

Den Kern des Zahlungsbefehls bildet die Aufforderung an den Schuldner, den Gläubiger wegen des Anspruchs nebst den geforderten Zinsen und Kosten zu befriedigen. § 692 ZPO spricht von „Befehl"; rechtspolitisch ist es m. E. vorzuziehen, mit dem E von „Aufforderung" zu sprechen. Ein auf einseitiges, unbewiesenes Parteivorbringen erlassener gerichtlicher „Befehl" wirkt wie zu schweres und — durch bloßen unbegründeten Widerspruch — zu leicht zum Schweigen zu bringendes Geschütz. Vielleicht ist der im geltenden Recht so

[80] BGE 31^1, 88; 32^1, 81; Jäger I Art. 67 Anm. 6.

[81] Schmid S. 17, 18.

[82] Jäger I Art. 67 Anm. 6.

[1] Stein-Jonas § 692 I 1, Baumbach § 692 1.

unglücklich gefaßte alternative Befehl, Widerspruch zu erheben, unbewußt als übermäßiger Ausgleich gegenüber dem „Befehl", den Gläubiger zu befriedigen, geschaffen worden. Nach dem E erhält die an den Schuldner gerichtete Aufforderung zur Befriedigung des Gläubigers ihre Sanktion durch den Zusatz, daß „widrigenfalls der Anspruch nach dem unbenützten Ablauf der Widerspruchsfrist zwangsweise werde vollstreckt werden" (§ 805 E). Die Dauer der Widerspruchsfrist ist wie im geltenden Recht regelmäßig eine Woche.

Seiner rechtlichen Natur nach ist der Zahlungsbefehl in seiner durch den E getroffenen Gestaltung eine gerichtliche Entscheidung, durch die ohne vorhergehendes Erkenntnisverfahren die Vollstreckung eingeleitet wird. Die gerichtliche Entscheidung kann durch Widerspruch des Schuldners außer Kraft gesetzt werden.

In der Fassung des geltenden Rechts sind der Vorbehalt des Widerspruchs, seine Frist, seine Voraussetzungen und seine Wirkungen in Befehlsform in den gesetzlichen Text des Zahlungsbefehls eingebaut worden. Nach § 692 ZPO ergeht als Zahlungsbefehl an den Schuldner der Befehl, „binnen einer vom Tage der Zustellung laufenden Frist von einer Woche bei Vermeidung sofortiger Zwangsvollstreckung den Gläubiger wegen des Anspruchs nebst den dem Betrage nach zu bezeichnenden Kosten des Verfahrens und den geforderten Zinsen zu befriedigen oder, wenn er Einwendungen gegen den Einspruch habe, bei dem Gericht Widerspruch zu erheben." Über die rechtliche Natur des Zahlungsbefehls nach geltendem Recht herrscht Streit. Er ist keine Klage und mit ihr nicht vergleichbar.[2] Er enthält nicht nur eine Beurkundung des Antrags verbunden mit dem Leistungsbefehl, sondern zugleich bedingte Anspruchsfeststellung;[3] eine gerichtliche Entscheidung, nicht nur ihre Androhung. Die bedingte Entscheidung (§ 688 ZPO) ist Entscheidung, auch wenn sie

[2] Mot S. 382.

[3] Förster-Kann § 692 2, Stein-Jonas § 692 I 2.

doppelt bedingt ist: durch Nichterhebung des Widerspruchs und durch Stellung des Antrags auf Vollstreckungsbefehl.[4] Die Bedenken, die gegen die sonderbare Fassung des Widerspruchsvorbehalts in der Befehlsform im § 692 ZPO laut wurden,[5] hat der E durch seine Neufassung beseitigt. Eine Änderung des bisher geltenden Rechtszustandes tritt durch die Neuformulierung der Zahlungsbefehlsformel im E nicht ein.

Die übrigen Inhaltserfordernisse des Zahlungsbefehls sind im E in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht geregelt: 1. die Beurkundung der in § 802 I E = § 690 Ziff. 1—3 ZPO enthaltenen notwendigen Angaben des Antrags, also die genaue Bezeichnung des Gerichts, der Parteien und des Anspruchs nach Gegenstand und Grund (eine vom Gläubiger etwa mit seinem Antrag überreichte Berechnung des Anspruchs wird in Preußen mit dem Zahlungsbefehl verbunden);[6] bei Duldungsansprüchen ist das haftende Sondervermögen (z. B. eingebrachtes Gut gegenüber dem Ehemann) oder Vermögensstück (z. B. Grundstück bei Ansprüchen aus Hypotheken) als Vollstreckungsobjekt anzugeben . . .; 2. die Angabe des Betrages der Prozeßkosten, die der Schuldner dem Gläubiger oder, wenn Gerichtskosten wegen Armenrechtsbewilligung dem Schuldner gestundet sind, an die Gerichtskasse zu zahlen hat. Die Kosten bestehen in der Gerichtsgebühr nach § 31 GKG sowie den vom Gläubiger liquidierten Kosten insbesondere für Vertretung, soweit die Kosten notwendige Kosten i. S. des § 92 E = § 91 ZPO sind. Die Gebühren und Auslagen eines Rechtsanwalts sind auch im Mahnverfahren stets als notwendige Kosten zu behandeln. Für die Regelung im geltenden Recht ist das nach der herrschenden Meinung, die im Mahnverfahren eine besondere Prozeßart sieht, unmittelbar aus § 91 II ZPO zu entnehmen. Da der E das Mahnverfahren in das Vollstreckungsverfahren

[4] Ähnlich Baumbach § 692 1.

[5] Seuffert § 692 1, insbesondere Hellwig § 253 III 3b mit formulierten Änderungsvorschlägen.

[6] GeschO § 29 2 S. 2.

einbezieht, ist nunmehr für den E die Bestimmung über die Tragung der Kosten der Vollstreckung (§ 846 I E = § 788 I ZPO) maßgebend. Danach fallen die Kosten der Vollstreckung, soweit sie i. S. des § 92 E = § 91 ZPO notwendig waren, dem Schuldner zur Last; die Kosten sind mit dem Anspruch beizutreiben. Da der E somit über § 846 auf § 92 verweist, sind Anwaltskosten im Mahnverfahren wie nach geltendem Recht stets zu erstatten.

Die Kosten kann der Gläubiger schon im Antrag auf Erlassung des Zahlungsbefehls liquidieren. Bei Geltendmachung eines zu hohen Betrags, etwa wegen unrichtiger Gebührenberechnung, wird nur der vom Gericht für begründet erachtete Betrag aufgenommen. Der liquidierte Kostenbetrag ist kein Teil des Anspruchs i. S. des § 803 III E = § 691 II ZPO).[7] Eine Zurückweisung des Antrags auf Erlassung des Zahlungsbefehls ist also nicht zulässig, auch nicht nach der Kannvorschrift des § 803 III E. Im übrigen bleibt es dem Gläubiger überlassen, wegen des Kostenmehrbetrags nach Erwirkung des Vollstreckungsbefehls (bzw. nach dem E: nach Eintritt der Vollstreckbarkeit des Zahlungsbefehls) das Kostenfestsetzungsverfahren auf Grund des Vollstreckungsbefehls zu betreiben. Das gilt auch, wenn der Gläubiger es unterlassen hatte, seine Kosten im Antrag auf Erlassung des Zahlungsbefehls zu liquidieren.[8] Eine Beschwerde gegen die Festsetzung der Kosten im Zahlungsbefehl findet nicht statt. Die Kostenberechnung wird auch in dem vom Richter erlassenen Zahlungsbefehl regelmäßig der Rechtspfleger vornehmen; diese Kostenberechnung ist aber nicht wie die förmliche Kostenfestsetzung des § 107 E = § 104 ZPO eine gesonderte neben dem Zahlungsbefehl erlassene Entscheidung. Kostenliquidierung im Antrag auf Erlassung des Zahlungsbefehls

[7] Stein-Jonas § 692 II 2, Seuffert § 692 I Abs. 3 a. E.

[8] Baumbach § 692 2 d, Stein-Jonas § 692 II 2, Gehlert S. 80. Einfacher ist es in diesem Fall, diese Kosten gemäß § 699 I S. 3 ZPO unmittelbar im Vollstreckungsbefehl zu liquidieren; s. unten S. 151.

und Kostenberechnung im Zahlungsbefehl selbst dienen gerade dazu, das förmliche Kostenfestsetzungsverfahren unnötig zu machen.[9]

Der Zahlungsbefehl ist, wie § 800 E klarstellend ausspricht, ein Beschluß,[10] der in Abweichung von der allgemeinen Bestimmung des § 782 E der Begründung nicht bedarf. Mangelt es dem sich als Zahlungsbefehl bezeichnenden Beschluß an einem wesentlichen gesetzlichen Erfordernis (Angaben aus dem Antrag des Gläubigers: Gericht, Parteien, Forderung; Befriedigungsgebot; Vollstreckungsandrohung; nach geltendem Recht außerdem Widerspruchsfrist), so ist er unwirksam.[11] Wesentliches Gültigkeitserfordernis ist ferner die handschriftliche Unterzeichnung durch den Richter bzw. Rechtspfleger. So weit nach dem E. nicht gewisse Entscheidungen im Mahnverfahren ausdrücklich dem Richter vorbehalten sind, ist es auf die Wirksamkeit des Zahlungsbefehls ohne Einfluß, ob ihn der Richter oder Rechtspfleger unterzeichnet hat (§ 791 E). Enthält der Zahlungsbefehl Schreibfehler, Rechnungsfehler oder andere offenbare Unrichtigkeiten, so ist ihre nachträgliche Berichtigung von Amts wegen oder auf Antrag vor oder nach der Zustellung zulässig;[11] § 311 E = § 319 ZPO ist entsprechend anwendbar.[12] Eine Berichtigung vor der Zustellung bedarf, auch wenn sie auf Ansuchen des Gläubigers etwa wegen versehentlich unrichtiger Angaben im Antrag auf Erlassung des Zahlungsbefehls geschieht, keiner besonderen Zustellung. Nach der Zustellung des Zahlungsbefehls ist ein ergehender Berichtigungsbeschluß beiden Parteien von Amts wegen zuzustellen. Gegen den Beschluß, der eine Berichtigung abweist, findet kein Rechtsmittel statt, während gegen den Beschluß, der die Berichti-

[9] Mot. S. 382.

[10] Ebenso zum geltenden Recht Seuffert § 692 2, Rich. Schmidt § 93 III 2 S. 604.

[11] Stein-Jonas § 692 III a. E., Seuffert § 692 2.

[12] Seuffert § 692 3, Stein-Jonas § 692 III.

gung ausspricht, jede Partei sofortige Beschwerde einlegen kann.[13]

Der Zahlungsbefehl hat den Hinweis auf die Widerspruchsmöglichkeit (in der Eventualbefehlsform) nach geltendem Recht als wesentlichen Bestandteil zu enthalten. Die Ausdrucksform in den Worten des Gesetzes (§ 692 ZPO) „oder, wenn er Einwendungen gegen den Anspruch habe, Widerspruch zu erheben" ist sprachlich unschön. Sie ist auch für den Schuldner gefährlich, weil sie am Ende des langen Satzes stehend leicht zu übersehen ist.[14] Die Einschaltung des Hinweises auf die Einwendungen ist erst in der Nov. von 1909 erfolgt. Man hoffte, mit dieser Einfügung die Zahl unbegründeter Widersprüche zu vermindern. Der Hinweis ist übrigens nicht unbedenklich, da auch prozessuale Einwendungen, z. B. gegen die Zuständigkeit, nur durch Widerspruch geltend zu machen sind und der Schuldner im Falle der Zahlung vom Widerspruch abgehalten wird, da er ja Einwendungen gegen den Anspruch nicht hat.

Einzelne Gerichte (u. a. Hamburg, Altona, Stettin) sind, wie aus der Fachpresse zu entnehmen ist,[15] in jüngster Zeit dazu übergegangen, den Zahlungsbefehlen besondere Anhängebogen zur Belehrung beizuheften. Es wird von folgendem Inhalt berichtet: „Zur Beachtung! Erheben Sie nur dann Widerspruch, wenn Sie den geforderten Betrag nicht schulden oder wenn er noch nicht fällig ist. Ein grundloser Widerspruch kann sehr hohe Kosten zur Folge haben. Versuchen Sie, vom Gläubiger Stundung oder Bewilligung von Teilzahlungen zu erhalten. Zahlung hat nicht an das Gericht, sondern an den Gläubiger unmittelbar zu erfolgen." Ein Hinweis auf die evtl. Geltendmachung prozessualer Mängel oder in der Zwischenzeit erfolgter Zahlung würde die Widerspruchs-

---

[13] Förster-Kann § 692 3 a. E., Seuffert § 692 3.

[14] Dennoch wird diese Form, sogar ohne Hervorhebung des Widerspruchsvorbehalts im Druck, in den amtlichen Zahlungsbefehlsformularen (Preußen, Baden) angewandt.

[15] Zörb in „Rechtspfleger" 1929 S. 495 ff., s. auch Kupfer a. a. O. S. 59.

gründe vervollständigen. Es wird auch von Kritikern dieser neuen begrüßenswerten Gerichtspraxis[15] anerkannt, daß sie zur Verminderung der Zahl unbegründeter Widersprüche beiträgt. Auch die amtlichen Zahlungsbefehlsvordrucke enthalten z. T. in der für den Schuldner bestimmten Ausfertigung Belehrungen über das Widerspruchsrecht. So enthält der badische Vordruck den auch drucktechnisch hervorgehobenen Passus: „Nicht grundlos widersprechen! Grundloser Widerspruch verursacht dem Schuldner unnötige Kosten!"

Die Regelung im E wird von dieser Gerichtspraxis bestimmend beeinflußt.[16] Der Zahlungsbefehl soll gemäß § 805 II E zugleich eine Belehrung über die Möglichkeit und die Erfordernisse des Widerspruchs enthalten. Diese Belehrung ist dem Zahlungsbefehl beizufügen.[17] Sie ist nach dem E von besonderer Bedeutung, weil gemäß § 807 E der Widerspruch nicht mehr ins Belieben des Schuldners gestellt ist, sondern die Erklärung des Nichtverpflichtetseins enthalten muß. Die übliche Aufnahme des Widerspruchsvorbehalts in die Zahlungsbefehlsformel fällt damit fort. Gleichzeitig wird die Belehrung über das Recht zum Widerspruch nicht mehr zu einem wesentlichen Bestandteil des Zahlungsbefehls erklärt. Zu erwähnen ist, daß nach dem E die prozessualen Einwendungen gegen den Zahlungsbefehl nur im Wege der Vollstreckungsbeschwerde nach § 838 geltend gemacht werden können. Zahlung nach Erlassung des Zahlungsbefehls kann vom Schuldner dem Vollstreckungsgericht angezeigt werden und zur Einstellung wegen Zweckerreichung führen (§ 814). Mit dem Widerspruch kann nur geltend gemacht werden, daß der Anspruch z. Z. der Erlassung des Zahlungsbefehls nicht bestanden habe (§ 807 I).[18]

Eine Aufklärung über diesen Umfang des Rechts zum Widerspruch und — was zu empfehlen ist — auch der Voll-

[15] Zörb in „Rechtspfleger" 1929 S. 495 ff., s. auch Kupfer a.a.O. S. 59.
[16] E S. 469.
[17] E S. 470.
[18] Näheres s. unten S. 117 ff.

streckungsbeschwerde wird die Belehrung enthalten müssen. Die Belehrung über die Erfordernisse des Widerspruchs wird auf die Bestimmungen über Frist, Form und Inhalt der Widerspruchserklärung und die zur Entgegennahme zuständige Stelle hinzuweisen haben. Zugleich wird der Schuldner auf die Rechtsnachteile hinzuweisen sein, die er bei materiell unbegründetem Widerspruch zu gewärtigen hat (Fortfall des Schuldnerschutzverfahrens der §§ 950 ff., u. U. Prozeßstrafe nach § 807 IV).[19] Da die Belehrung über das Widerspruchsrecht zur Sollvorschrift ausgestaltet worden ist, macht ihr Fehlen den Zahlungsbefehl nicht unwirksam. Er leidet in diesem Falle nur an einem unwesentlichen Formverstoß.[20] Mit dieser Ausgestaltung der Belehrung zur Sollvorschrift tritt meines Erachtens eine durch die Interessenlage nicht gerechtfertigte Gefährdung des Schuldners ein. Man sollte die Vorschrift über die Belehrung des Schuldners als wesentlichen Bestandteil des Zahlungsbefehls erklären.

Im österreichischen Recht sind die Bestimmungen über die Erlassung des Zahlungsbefehls in § 6 GesMV getroffen. Wesentliche Inhaltserfordernisse des Zahlungsbefehls sind gemäß § 6 I: 1. die Aufschrift Zahlungsbefehl; 2. die im § 4 Ziff. 1 und 2 bezeichneten Angaben (Personalien des Gläubigers und Schuldners, Betrag und Rechtsgrund der Forderung); 3. die Aufforderung an den Schuldner, binnen 14 Tagen nach Zustellung des Zahlungsbefehls zur Vermeidung der Exekution die Forderung samt den geforderten Zinsen und Kosten des Zahlungsbefehls, falls deren Ersatz im Gesuch angesprochen wurde, in dem vom Richter bestimmten Betrage zu berichtigen oder, wenn er Einwendungen gegen den Anspruch habe, gegen den Zahlungsbefehl Widerspruch zu erheben; 4. die Bemerkung, daß der Zahlungsbefehl nur durch Erhebung des Widerspruchs außer Kraft gesetzt werden könne.

---

[19] Kisch LeipzZ 1931 S. 1357.
[20] E S. 469.

Die ersten drei Erfordernisse stimmen nach Fassung und Inhalt im wesentlichen mit denen der deutschen ZPO überein. In Abweichung vom deutschen spricht das österreichische Gesetz, in Übereinstimmung mit dem deutschen E, sprachlich und sachlich besser, von „Aufforderung" statt „Befehl". Die Widerspruchsfrist beträgt wie in Deutschland vor der Nov. von 1898 14 Tage. Auch in Österreich ist durch eine Nov. die ursprünglich fehlende „Einwendungsklausel" beim Widerspruch eingefügt worden. Von Interesse ist die unter Ziff. 4 getroffene Bestimmung des österreichischen Gesetzes. Sie enthält einen klaren Hinweis des Schuldners auf sein Widerspruchsrecht und zugleich die in der Zahlungsbefehlsformel (Ziff. 3, ebenso § 692 I deutsche ZPO) fehlende Belehrung darüber, daß eine Außerkraftsetzung des Zahlungsbefehls nur durch Widerspruch möglich, also auch die etwa erfolgte Zahlung an den Gläubiger oder eine Einwendung prozessualer Art — vor allem die Unzuständigkeit des Gerichts[21] — durch Erhebung des Widerspruchs geltend zu machen ist. Insoweit enthält das österreichische Gesetz in seiner Fassung unzweifelhaft eine Verbesserung gegenüber § 692 der deutschen ZPO, während andererseits der deutsche E — über die österreichische Regelung hinausgehend — die Belehrung des Schuldners auf die materiellen und formellen Erfordernisse des Widerspruchs ausdehnt.

Ist die Erlassung des Zahlungsbefehls wegen mehrerer, in besonderen Geldbeträgen ausgedrückter oder bewerteter Forderungen beantragt worden, so ist — wie § 6 II GesMV bestimmt — in dem Zahlungsbefehl die Berichtigung der Forderungen gesondert aufzutragen. Diese Bestimmung dient dazu, den Zahlungsbefehl bei Erhebung des Widerspruchs gegen eine der geltend gemachten Forderungen wegen der übrigen aufrechtzuerhalten (s. auch § 9 II GesMV). Eine Verletzung dieser im Interesse des Gläubigers getroffenen Vorschrift hat m. E. trotz der für ihren zwingenden Charakter

[21] Neumann, Komm. S. 356 zu § 2 GesMV.

sprechenden Fassung nicht die Unwirksamkeit des Zahlungsbefehls zur Folge. Anders dürfte die Rechtslage hinsichtlich der Bestimmung des § 6 III sein. Gemäß § 6 III ist dem Schuldner einer nicht auf Geld, sondern auf Leistung anderer vertretbarer Sachen gerichteten Forderung in dem Zahlungsbefehl freizustellen, statt der geforderten Sachen den in dem Gesuch bezeichneten Betrag in Geld zu leisten. Da diese Bestimmung nicht nur der Vollstreckungserleichterung zu Gunsten des Gläubigers dient, sondern vor allem auch dem Schuldner die Möglichkeit erleichterter Befriedigung des Gläubigers gewähren will, ist ihre Verletzung als wesentlicher Mangel des Zahlungsbefehls anzusehen.[22] Ein Zahlungsbefehl auf Leistung einer bestimmten Quantität vertretbarer Sachen ohne Angabe des Betrages der Ersatzgeldleistung ist daher als unwirksam anzusehen.

Gegen die Erlassung des Zahlungsbefehls ist ein Rechtsmittel nicht gegeben, sondern nur der Widerspruch zulässig. Doch wird in einem Teil des Schrifttums[23] die Zulassung des Rekurses befürwortet, wenn der Schuldner die Entscheidung lediglich im Kostenpunkt angreifen will. Dem ist nicht zuzustimmen. Einziger Rechtsbehelf des Schuldners auch gegen die Kostenentscheidung ist der Widerspruch.[24] Fühlt sich der Gläubiger durch den Anspruch des Zahlungsbefehls im Kostenpunkt beschwert, so wird ihm allgemein der Rekurs gegen die Kostenentscheidung gewährt.[25] In dem niedrigeren Kostenansatz wird eine partielle Verweigerung des Zahlungsbefehls gesehen[26] und der gegen die Verweigerung des Zahlungsbefehls im ganzen nach § 5 GesMV zugelassene Rekurs auch für diese partielle Verweigerung für zulässig erklärt. Diese Schlußfolgerung erscheint nicht unbedenklich. Das gleiche erstrebenswerte Ergebnis läßt sich m. E. auch

---

[22] Pollak, System S. 760.
[23] Lit. bei Pollak, System S. 761 Anm. 20.
[24] Neumann, Komm. S. 347, Pollak S. 761.
[25] Pollak S. 761 Abs. 2 a. E.
[26] Neumann, Komm. S. 357 zu § 5 GesMV mit Entscheidungen.

aus entsprechender Anwendung der für den Zahlungsauftrag im Mandatsverfahren (§ 552 I Halbs. 2 österr. ZPO) getroffenen ausdrücklichen Vorschrift begründen.

Im schweizerischen Recht regeln Art. 69, 70 SchKG Erlaß und Inhalt des Zahlungsbefehls. Die Kosten sind vom Gläubiger vorzuschießen; leistet er den Vorschuß nicht, so kann das Betreibungsamt unter Anzeige an den Gläubiger die Betreibungshandlung (Erlassung des Zahlungsbefehls) einstweilen unterlassen.[27] Gibt das Betreibungsamt dem Betreibungsbegehren statt, so hat es den Zahlungsbefehl spätestens an dem auf den Eingang des Begehrens folgenden Tag zu erlassen.[28]

Der Zahlungsbefehl enthält nach Art. 69 II: 1. die Angaben des Betreibungsbegehrens;[29] 2. die Aufforderung, binnen 20 Tagen den Gläubiger für die Forderung samt Betreibungskosten zu befriedigen oder, falls die Betreibung auf Sicherheitsleistung geht, sicherzustellen; 3. die Mitteilung, daß der Schuldner, welcher die Forderung oder einen Teil derselben oder das Recht, sie auf dem Betreibungswege geltend zu machen, bestreiten will, innerhalb 10 Tagen nach Zustellung des Zahlungsbefehls dem Betreibungsamt dies zu erklären (Rechtsvorschlag zu erheben) hat; 4. die Androhung, daß, wenn der Schuldner weder dem Zahlungsbefehl nachkommt noch Rechtsvorschlag erhebt, die Betreibung ihren Fortgang nehmen werde.

In Abweichung vom deutschen (geltender — wie Entwurfsfassung), österreichischen und auch allen übrigen Rechten, denen das Rechtsinstitut des Zahlungsbefehls bekannt ist, setzt das schweizerische Recht für die Erhebung des Widerspruchs (Rechtsvorschlags) und das Vollstreckbarwerden des Zahlungsbefehls verschiedene Fristen fest. Während die Betreibung erst 20 Tage nach Zustellung des Zahlungsbefehls durch Stellung des Pfändungsbegehrens bzw. des Verlangens

[27] Art. 68 SchKG.

[28] Jäger I Art. 69 Anm. 1.

[29] Art. 67 SchKG, s. oben S. 55/56.

der Konkursandrohung fortgesetzt werden kann, ist Rechtsvorschlag nur innerhalb der ersten 10 Tage möglich. Im übrigen entspricht die Fassung des schweizerischen Zahlungsbefehls der im deutschen E verfolgten Tendenz, Befriedigungsgebot und Widerspruchsrecht getrennt aufzuführen und eine Belehrung über Erfordernisse, Möglichkeit und Wirkung des Widerspruchs beizufügen.

Der Zahlungsbefehl wird nur bei Fehlen bestimmter wesentlicher Bestandteile seines Inhalts als nichtig angesehen. So hat die Praxis des schweizerischen Bundesgerichts in der fehlenden Angabe des Namens von Gläubiger oder Schuldner, des Betrages der Forderung und der Unterschrift des Betreibungsbeamten[30] Nichtigkeitsgründe erblickt.[31] Dagegen wird angenommen, daß das Fehlen anderer gesetzlich geforderter Angaben, z. B. des Forderungsgrundes oder der Forderungsurkunde oder auch der Androhung der Rechtsfolgen nach Art. 69 Ziff. 4,[32] die Wirksamkeit des Zahlungsbefehls zunächst nicht berührt. Doch kann der Schuldner in diesen Fällen den durch die Verletzung des Gesetzes (Art. 69 II) begangenen Verfahrensverstoß durch Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde rügen. Die Aufsichtsbehörde hat einen solchen lückenhaften Zahlungsbefehl dann zu kassieren und das Betreibungsamt anzuweisen, die fehlenden Angaben vom Gläubiger einzufordern und nach deren Erhalt einen neuen zu erlassen.[33]

In Abweichung vom deutschen und österreichischen Recht wird die Schuld schon durch Bezahlung an das Betreibungsamt getilgt (Art. 12 SchKG). Zu beachten bleibt in diesem Fall jedoch, daß aus der Zahlung die Betreibungskosten und Zinsen gemäß Art. 68 II vorab zu bestreiten sind; deckt die

---

[30] Dagegen ist Unterzeichnung mit Faksimilestempel zulässig und wirksam (Schmid S. 86).

[31] BGB 31^1 88, 29^1 45.

[32] So — sehr bedenklich — BGE 37^1 117, dagegen m. R. zweifelnd Schmid S. 58.

[33] Jäger I Art. 69 Anm. 3 a, Schmid S. 58.

Zahlung die Hauptforderung nicht in voller Höhe, so bleibt der Zahlungsbefehl hinsichtlich des unbezahlten Teiles in Kraft.[34] Zu den Betreibungskosten gehören die amtlichen Kosten und Auslagen, dagegen nicht Auslagen des Gläubigers für Porto, eigene Bemühungen und etwaige Gebühren eines berufsmäßigen Vertreters. Ersatz für Anwaltskosten kann niemals verlangt werden. Eine Bestreitung der Betreibungskosten allein ist nur durch Beschwerde an die Aufsichtsbehörde möglich.[35] Ein Rechtsmittel des Gläubigers wegen zu niedrigen Kostenansatzes kommt nicht in Frage, da — wie oben ausgeführt — Parteikosten nicht erstattet werden. Dagegen ist dem Gläubiger gegen die Einforderung eines zu hohen Kostenvorschusses durch das Betreibungsamt Beschwerde an die Aufsichtsbehörde gegeben.[36]

Der Zahlungsbefehl wird, wie Art. 70 I bestimmt, doppelt ausgefertigt. Die eine Ausfertigung ist für den Schuldner, die andere für den Gläubiger bestimmt. Lauten die beiden Urkunden nicht gleich, so ist die dem Schuldner zugestellte Ausfertigung maßgebend.

Soweit in kantonalen Rechtsordnungen Rechtsbote zugelassen sind, ist ihr Inhalt in Anpassung an die Vielfalt möglicher Ansprüche weitgehend in das Ermessen der erlassenden Gerichts- oder Verwaltungsbehörde gestellt. Besondere Vorschriften über den Inhalt der Rechtsbote sind nicht gegeben.[37] Das von Fritzsche mitgeteilte Appenzeller Beispiel[38] enthält außer der Aufschrift Rechtsbot: 1. Namen, Stand und Wohnort der Parteien; 2. die Aufforderung zur Erfüllung des Anspruchs (auf Anerkennung) und 3. Datum und Unterschrift. Daneben enthält der Text einen Hinweis auf die die Folgen unterlassenen Rechtsvorschlags regelnde Gesetzesstelle.

[34] Jäger I Art. 12 Anm. 4.

[35] Nicht unbestritten, s. BGE 32[1] 86.

[36] Jäger I Art. 68 Anm. 2 a. E.

[37] Nur St. Gallen (Art. 273 II) fordert Belehrung über Rechtsvorschlag und über Wirkung des unwidersprochenen Rechtsbots.

[38] Fritzsche S. 48.

V. Die Zustellung des Zahlungsbefehls und ihre Wirkungen.

Der Zahlungsbefehl wird dem Schuldner von Amts wegen zugestellt (§ 806 I E = § 693 I ZPO). Bis zur Nov. von 1909 erfolgte die Zustellung auf Betreiben des Gläubigers. Einen besonderen Ausspruch über die Zustellung „von Amts wegen" enthält der E zwar nicht; § 134 E bestimmt aber ergänzend allgemein, daß die Zustellungen, sofern nicht ein anderes vorgeschrieben ist, von Amts wegen erfolgen. Im Interesse der Beschleunigung des Verfahrens fügt § 806 I Halbs. 2 hinzu: Die Zustellung soll unverzüglich herbeigeführt werden. Eine Verletzung dieser Vorschrift, die ihr Vorbild im schweizerischen Recht (Art. 71 I, insbesondere Art. 178 I SchKG bei der Wechselbetreibung) hat, berührt die Wirksamkeit des Verfahrens nicht.

Wie bei jeder Zustellung von Amts wegen bleibt die Urschrift des Zahlungsbefehls bei den Gerichtsakten; vgl. auch die Bestimmung des § 809 II E = § 696 IV ZPO, wonach der Zahlungsbefehl zur Herstellung des Urteils in abgekürzter Form verwendet werden kann.[1] Die Zustellungsurkunde ist der Geschäftsstelle (§ 157 II E = § 212 II ZPO) zu übermitteln und zu den Akten zu nehmen. Dem Schuldner ist eine Ausfertigung, nicht eine beglaubigte Abschrift zu übergeben.[2] Bei mangelhafter Zustellung ist sofort eine neue Zustellung von Amts wegen zu bewirken. Zwar ist eine Heilung des Mangels nach § 278 E = § 295 ZPO im evtl. späteren Streitverfahren möglich.[3] Doch ist es, sofern diese Heilung noch nicht eingetreten (oder — nach geltendem Recht — der Vollstreckungsbefehl nicht inzwischen wirksam zugestellt) ist, im Interesse des Gläubigers unbedingt geboten, ohne Zuwarten die erneute Zustellung vorzunehmen.

---

[1] Stein-Jonas § 693 I 1.

[2] A. A. Seuffert § 693 1 a.

[3] RG 87, 271; Baumbach § 693 1 b.

Eine Zustellung des Zahlungsbefehls an den Gläubiger findet (für den E in Abweichung von der allgemein für das Vollstreckungsverfahren getroffenen Vorschrift des § 782 II S. 2) nicht statt. Der Gläubiger ist vielmehr durch die Geschäftsstelle von der Zustellung in Kenntnis zu setzen (§ 693 III ZPO); der E faßt diese Bestimmung als Sollvorschrift und schreibt weitergehend vor, daß der Gläubiger auch von der Erlassung des Zahlungsbefehls Kenntnis erhalten soll (§ 806 IV E). Damit ist klargestellt,[4] daß auch in den Fällen, in denen die Zustellung nicht ausführbar gewesen ist, z. B. weil der Schuldner nicht auffindbar war oder die Zustellung öffentlich oder im Ausland erfolgen müßte, eine Benachrichtigung des Gläubigers geboten ist. Die Benachrichtigung des Gläubigers bzw. seines Prozeßbevollmächtigten, falls ein solcher bestellt worden ist, geschieht formlos; auch mündliche Bekanntgabe an den anwesenden Gläubiger ist möglich. Die Mitteilung hat den Tag der Zustellung[5] (und nach dem E den der Erlassung) des Zahlungsbefehls und meines Erachtens bei Unausführbarkeit der Zustellung auch deren Grund anzugeben.

Öffentlich und im Ausland können Zahlungsbefehle nicht zugestellt werden. Das bestimmt § 806 III E. Dieser Rechtssatz gilt auch für das geltende Recht, obwohl eine ausdrückliche Vorschrift dieses Inhalts nicht besteht. § 688 II ZPO bestimmt vielmehr nur, daß „das Mahnverfahren nicht stattfindet", wenn die Zustellung des Zahlungsbefehls im Auslande oder durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen müßte. Aus dem Zweck der Bestimmung ist aber zu folgern, daß dann, wenn das Erfordernis öffentlicher oder Auslandszustellung erst zwischen dem Antrag auf Erlassung des Zahlungsbefehls und der Zustellung des Zahlungsbefehls eintritt, wenigstens die Zustellung nicht vorgenommen werden darf.

[4] Auch für das geltende Recht befürwortet, s. Stein-Jonas § 693 I 3 a. E., Seuffert § 693 4 a.

[5] Damit der Gläubiger berechnen kann, wann die Widerspruchsfrist abläuft (Seuffert § 693 4 a).

Das begonnene Verfahren darf nicht fortgesetzt werden. Andererseits wird m. R. angenommen, daß in diesem Fall der erlassene Zahlungsbefehl nicht aufzuheben sei.[6] Der Zahlungsbefehl hat zwar keine praktische Bedeutung, solange die Zustellung nicht ausgeführt werden kann. Zeigt der Gläubiger dem Gericht aber nachträglich an, wo der Zahlungsbefehl im Inland zugestellt werden kann, so ist der Zahlungsbefehl nunmehr zuzustellen.[7] Nach dem E wird das Mahnverfahren nicht mehr ausgeschlossen, wenn aus den Angaben des Antrags auf Erlassung des Zahlungsbefehls die Notwendigkeit Auslands- oder öffentlicher Zustellung hervorgeht. Der Zahlungsbefehl kann und muß also auch in diesem Falle erlassen werden. Die Zustellung wird aber erst dann ausführbar, wenn der Gläubiger einen inländischen Zustellungsort benennen kann. Die Verlegung der Prüfung der Zustellungserfordernisse in das Zustellungsstadium entspricht einem praktischen Bedürfnis. Von Bedeutung wird sie allerdings nach dem E mit seiner Zuständigkeitsbeschränkung wohl nur dann werden, wenn der Zahlungsbefehl vom Vollstreckungsgericht des Vermögens beantragt und erlassen worden ist.

Bis zur Nov. von 1924 traten gemäß § 693 III ZPO a. F. mit der Zustellung des Zahlungsbefehls die Wirkungen der Rechtshängigkeit ein. Da das durch diese Nov. dem amtsgerichtlichen Streitverfahren allgemein vorgebaute Güteverfahren Rechtshängigkeit noch nicht begründet, konnte auch bei dem ihm vorangehenden Mahnverfahren die bisherige Rechtshängigkeitswirkung nicht mehr eintreten. Der E hebt zwar das Güteverfahren als besonderes, vom Streitverfahren getrenntes Verfahren auf (§§ 231—33 E),[8] wandelt aber andererseits zugleich das Mahnverfahren zum Vollstreckungsver-

---

[6] Stein-Jonas § 688 II, Förster-Kann § 688 2, Seuffert § 688 3 b; a. A. Skedl S. 163.

[7] Bestritten; wie im Text Seuffert § 688 3 b, dagegen Förster-Kann § 688 2 nur für den Fall, daß aus dem Mahngesuch das Erfordernis der Auslands- oder öffentlichen Zustellung nicht erkennbar war.

[8] E S. 315, 266—67.

fahren um. Rechshängigkeit tritt also auch nach dem E mit der Zustellung des Zahlungsbefehls noch nicht ein. Die unter dem Begriff der Rechtshängigkeit zusammengefaßten prozeßrechtlichen und materiellrechtlichen Wirkungen (§ 219 E = § 263 I ZPO) treten vielmehr erst mit dem Übergang in das Streitverfahren (bzw. nach geltendem Recht auch mit der Erlassung des Vollstreckungsbefehls) ein;[9] dann aber werden sie auf den Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls zurückbezogen.

Soll durch die Zustellung eine Frist gewahrt oder die Verjährung oder eine Frist unterbrochen werden, so tritt die Wirkung, wenn die Zustellung demnächst ausgeführt wird, bereits mit der Einreichung oder Anbringung des Antrags auf Erlassung des Zahlungsbefehls ein (§ 806 II = § 693 II ZPO). Fristen, die durch Zustellung des Zahlungsbefehls gewahrt werden sollen, gibt es aber nicht. Denn die gesetzlichen Fristen, die durch Zustellung der Klage gewahrt werden, können nicht durch Zustellung des Zahlungsbefehls gewahrt werden. Und richterliche Fristen, die durch Zustellung des Zahlungsbefehls gewahrt werden, gibt es auch nicht.[10]

Nach dem bürgerlichen Recht wird mit der Zustellung des Zahlungsbefehls die Verjährung (§ 209 II Ziff. 1 BGB) und die Ersitzung (§ 941 S. 2 BGB) unterbrochen. Die Unterbrechung dauert nach § 213 verbunden mit § 212 a BGB bis zur Erledigung des Mahnverfahrens fort.[11] Schließt sich an das Mahnverfahren ein Güte- oder Streitverfahren an, so beginnt erst mit rechtskräftiger Entscheidung oder anderweiter Erledigung eine neue Verjährungsfrist zu laufen (§ 211 I). Gerät das Verfahren in Stillstand, so endigt die Unterbrechung — vorbehaltlich ihrer möglichen Weitererstreckung (§ 212 II) — mit der letzten Handlung der Parteien oder des Gerichts (§ 211 II). Die Unterbrechung der Verjährung gilt nach heutigem Recht als nicht erfolgt, wenn Widerspruch nicht er-

[9] Stein-Jonas § 693 II 1.

[10] Seuffert § 693 4 a.

[11] A. A. Seuffert § 693 2.

hoben ist und der Gläubiger nicht binnen der 6-Monatsfrist des § 701 ZPO Vollstreckungsbefehl nachsucht. Der E hat diese Vorschrift nicht übernommen. Eine Unterbrechung der Ersitzung durch Zustellung des Zahlungsbefehls kommt — darauf weist Seuffert m. R. hin[12] — praktisch nicht in Frage, da der Anspruch aus § 985 BGB auf Herausgabe als Individualanspruch im Mahnverfahren nicht geltend gemacht werden kann.

Nach Analogie des § 271 I, II ZPO wird für das geltende Recht angenommen, daß der Gläubiger die in der Zustellung des Zahlungsbefehls liegende Rechtsverfolgung zurücknehmen kann, indem er beim Gericht die Erklärung der Zurücknahme schriftlich einreicht oder mündlich zu Protokoll anbringt, worauf diese Erklärung dem Schuldner von Amts wegen zuzustellen ist.[13] Die Zurücknahme, die einseitig auch noch im Streitverfahren bis zu Beginn der mündlichen Verhandlung des beklagten Schuldners zur Hauptsache zulässig ist, hat zur Folge, daß die Wirkungen, die an die Zustellung des Zahlungsbefehls geknüpft sind, ex tunc erlöschen. Erfolgt die Zurücknahme vor Eintritt in das Streitverfahren, so wird damit nach herrschender Meinung eine Kostenerstattungspflicht des Gläubigers gegenüber dem Schuldner nicht begründet; „denn was für das Güteverfahren gilt,[14] hat für das ihm vorgelagerte Mahnverfahren erst recht zu gelten".[15] Wird Widerspruch nicht erhoben, so ist die Zurücknahme auch noch nach Erlassung des Vollstreckungsbefehls bis zu seiner Rechtskraft zulässig.[15]

Nach dem E ist die Entscheidung und ihre Begründung in dieser Frage für den Fall, daß Widerspruch erhoben und die Sache in das Streitverfahren übergeleitet wird, die gleiche

---

[12] § 693 2 a. E.

[13] Stein-Jonas § 693 IV, Seuffert § 693 IV b, Rosenberg: Lehrbuch § 166 III 1.

[14] Auf die Bedenken gegen die h. M. sei hier nicht eingegangen; s. dazu Baumbach § 699 e.

[15] Stein-Jonas § 693 IV.

wie nach geltendem Recht (vgl. dazu § 227 E). Aber auch wenn Widerspruch nicht erhoben, der Zahlungsbefehl also mangels gegenteiliger Anweisung des Gläubigers mit Ablauf der Widerspruchsfrist vollstreckbar erklärt wird, muß der Gläubiger in der Lage bleiben, dem mit dem Antrag auf Erlassung des Zahlungsbefehls eingeleiteten Vollstreckungsverfahren durch Rücknahme seines Antrags die Grundlage zu entziehen. Wie lange ihm diese Befugnis zu gewähren ist, hängt von einer Berücksichtigung der Schuldnerinteressen ab. Es ist m. E. die Zurücknahme auch noch nach Vollstreckbarerklärung des Zahlungsbefehls solange zulässig, bis eine Vollstreckungshandlung auf Grund des vollstreckbaren Zahlungsbefehls vorgenommen worden ist, also im Regelfalle bis zur Pfändung.[16]

Vorschriften über Unterbrechung und Aussetzung des Mahnverfahrens sind weder im E noch im geltenden Recht enthalten. Dringende praktische Bedürfnisse fordern jedoch eine entsprechende Anwendung der für das Streitverfahren gegebenen Vorschriften (§§ 192 ff. E = §§ 239 ff. ZPO),[17] soweit sich nicht aus der systematischen Umgestaltung des Mahnverfahrens im E Abweichungen ergeben. Zu unterscheiden ist, ob ein Unterbrechungs- (oder Aussetzungs-) grund vor oder nach Zustellung des Zahlungsbefehls eintritt. „Anhängigkeit" des Mahnverfahrens wird erst — analog der Klage — mit Zustellung des Zahlungsbefehls begründet. Eine Unterbrechung oder Aussetzung kommt daher vor Zustellung nicht in Frage.[18]

Stirbt der Gläubiger vor der Zustellung, so ist diese unwirksam;[19] anders nur, wenn ein Bevollmächtigter des Gläu-

---

[16] Ähnlich Skedl für das geltende Recht S. 120.

[17] Ausführliche Darstellungen zum geltenden Recht Rosenberg § 166 III 4 (mit z. T. abweichenden Ergebnissen), Förster-Kann § 693 4, Hellwig § 255.

[18] RG 129, 344; Baumbach § 693 5 B.

[19] A. A. Hellwig § 255 I, Rosenberg § 166 III 4.

bigers den Antrag gestellt hat[20] (§ 87 E = § 86 ZPO). Stirbt der Schuldner vor Zustellung des Zahlungsbefehls, so ist die Zustellung unausführbar, eine Zustellung an die Erben wäre unwirksam.[21]

Wird vor Zustellung des Zahlungsbefehls der Konkurs über das Vermögen des Schuldners eröffnet, so ist wohl Zustellung an den Gemeinschuldner möglich und zulässig, aber für den Konkurs ohne Bedeutung. Zustellung an den Konkursverwalter ist aber nicht statthaft.[22] Gerät der Gläubiger vor Zustellung in Konkurs, so kann zwar der Zahlungsbefehl zugestellt werden. Zahlung an den Gemeinschuldner befreit den Schuldner aber nicht, und der Konkursverwalter kann den Anspruch jederzeit von neuem geltend machen ohne Rücksicht auf die Zustellung des Zahlungsbefehls.

Tritt ein Unterbrechungs- oder Aussetzungsfall ein, nachdem bereits Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl erhoben worden ist, so gelten die Vorschriften über das ordentliche Verfahren; §§ 192 ff. E = §§ 239 ff. ZPO sind daher direkt anwendbar. Zweifel können nur auftauchen, wenn ein Unterbrechungs- oder Aussetzungsgrund (insbesondere Tod oder Konkurs einer Partei) nach Zustellung des Zahlungsbefehls, jedoch vor Ablauf der Widerspruchsfrist, eintritt. Nach der für das geltende Recht herrschenden Meinung finden auch in diesem Fall die Vorschriften der §§ 239 ff. ZPO Anwendung. Nach dem E finden nun auf das Mahnverfahren in seiner Gestaltung als Vollstreckungseinleitungsverfahren im allgemeinen nicht die Vorschriften über das Streitverfahren, sondern diejenigen über die Vollstreckung Anwendung. Nach Vollstreckungsrecht würde das Mahnverfahren ohne Rücksicht auf den Tod einer der Parteien fortgesetzt, beim Tode des Gläubigers für Rechnung seines Rechtsnachfolgers, beim

---

[20] Förster-Kann § 693 4 a, Goldschmidt § 72 4, Baumbach § 693 5 B.

[21] Seuffert § 693 1 b; nach Baumbach möglich nach Berichtigung des Gesuchs (§ 693 5 B), ähnlich Goldschmidt § 72 4 a. E.

[22] Baumbach § 693 5 B.

Tode des Schuldners „in dessen Nachlaß“ (§ 834 I E, § 779 I ZPO). Für das Verfahren, bei dem die Widerspruchsfrist läuft, paßt diese Gestaltung nicht. Die Widerspruchsfrist kann unmöglich trotz Tod des Schuldners ablaufen. Solange Widerspruch noch erhoben werden kann (d. h. nach dem E: bis zum Ablauf der Widerspruchsfrist, nach geltendem Recht: bis zur Verfügung des Vollstreckungsbefehls), müssen der Interessenlage entsprechend die Grundsätze des Streitverfahrens über den Einfluß des Todes einer der Parteien auf das Verfahren Anwendung finden.

Stirbt also der Gläubiger oder Schuldner nach Zustellung des Zahlungsbefehls, aber vor Ablauf der Widerspruchsfrist, so wird auch nach dem E das Mahnverfahren unterbrochen. Beim Tode des Gläubigers erfolgte die Aufnahme durch die Erben mit der an den Schuldner zu richtenden Aufforderung, die Erben zu befriedigen oder Widerspruch zu erheben.[23] Beim Tode des Schuldners erfolgt die Aufnahme mit der entsprechenden Aufforderung durch den Gläubiger an die Erben des Schuldners. Der Aufnahmeschriftsatz ist von Amts wegen zuzustellen.[24] Der Fall, daß der Schuldner gegen die Erben des Gläubigers oder der Erbe des Schuldners das Verfahren von sich aus aufnimmt, hat geringe praktische Bedeutung; die Aufnahme wird hier in Verbindung mit dem Widerspruch zu erfolgen haben.[25]

Aber auch bei Vorliegen eines der übrigen Unterbrechungs- oder Aussetzungsgründe (§§ 193 ff. E = §§ 240 ff. ZPO), insbesondere Konkurs einer der beiden Parteien, ist die Interessenlage die gleiche. Sie heischt auch für den E die Anwendung der für das Streitverfahren geregelten Grundsätze. Allerdings wäre auch eine Fortsetzung der Vollstreckung, wenn man das Mahnverfahren nach dem E als reines Vollstreckungsverfahren ansehen wollte, nach Eintritt des Gläubiger- oder Schuldnerkonkurses nicht ohne weiteres zuläs-

[23] Baumbach § 693 b I a, Seuffert u. a.

[24] Hellwig § 255 II 2 b, Stein-Jonas § 693 V 1.

[25] Stein-Jonas § 693 V 1.

sig.[26] Aber schon für den Fall, daß über das Vermögen des Schuldners das Vergleichsverfahren eröffnet wird, ergeben sich praktische Unterschiede. Wäre das Mahnverfahren schon Vollstreckungsverfahren, so dürfte es nach §§ 32, 33 VglO nicht fortgesetzt werden. Ist es kein Vollstreckungsverfahren, so kann es ohne Rücksicht auf das Vergleichsverfahren fortgesetzt werden. Hier zeigt sich, daß das noch anhängige Mahnverfahren Vollstreckung noch nicht sein kann: i. S. der Bestimmungen des Konkurs- und Vergleichsverfahrens beginnt die Vollstreckung erst mit Vollstreckungshandlungen auf Grund des vollstreckbaren Zahlungsbefehls, also nach Beendigung des Mahnverfahrens.

Auf das anhängige Mahnverfahren sind auch bei Eintritt anderer Unterbrechungsgründe als des Todes einer der beiden Parteien die für das Streitverfahren maßgebenden Grundsätze der §§ 193 ff. E. = §§ 240 ff. ZPO anzuwenden. Die Rechtslage ist daher nach dem E die gleiche wie nach der Praxis des geltenden Rechts. Im Konkursfalle wird dabei unterschieden: Bei Konkurs des Gläubigers tritt eine Unterbrechung nur ein, wenn der geltend gemachte Anspruch zur Konkursmasse gehört; die Aufnahme hat durch den Konkursverwalter zu erfolgen. Bei Konkurs des Schuldners wird das Verfahren nur dann unterbrochen, wenn der Gläubiger Konkursgläubiger ist. Der Gläubiger muß seine Forderung zur Konkurstabelle anmelden und bei Widerspruch im Prüfungstermin die Feststellung der bestrittenen Forderung durch Klage gegen den Widersprechenden betreiben (§ 146 II KO).[27] Für die übrigen Unterbrechungs- und Aussetzungsgründe gelten nach der Praxis keine Besonderheiten. Die Eröffnung des Vergleichsverfahrens bezgl. des Gläubigers oder des Schuldners berührt das Mahnverfahren nicht.[28]

---

[26] Näheres dazu Stein-Jonas IV 3 vor § 704.

[27] RG 129, 343; ebenso Rosenberg § 166 III 4 a. E. und h. M.; a. A. Baumbach (4. Aufl.) § 693 1 C b und Hellwig § 255 II 2 d.

[28] Stein-Jonas § 693 V 2 a. E.

Die Gerichtsferien haben gemäß § 202 GVG auf das Mahnverfahren keinen Einfluß, wohl aber auf das ordentliche Verfahren, sobald dieses begonnen hat.

In Österreich findet eine Zustellung des Zahlungsbefehls, abweichend vom deutschen Recht, sowohl an den Schuldner wie an den Gläubiger statt. In der Praxis ist folgendes Verfahren üblich:[29] Zunächst wird die Zustellung an den Schuldner bewirkt. Dann wird auf der für den Gläubiger bestimmten Ausfertigung des Zahlungsbefehls die Zustellung an den Schuldner und deren Tag vermerkt und diese Ausfertigung dem Gläubiger zugestellt. Auf die Zustellung finden die Vorschriften der ZPO §§ 87 ff. Anwendung. Die Zustellung des Zahlungsbefehls an den Schuldner und — wenn der Zahlungsbefehl gegen mehrere Schuldner gerichtet ist — an einen jeden von ihnen hat nach den über die Zustellung von Klagen getroffenen Bestimmungen der §§ 106 bis 108 zu erfolgen (§ 7 GesMV). Grundsätzlich und in erster Linie muß daher „zu eigenen Handen des Geklagten", eines zur Empfangnahme von Klagen ermächtigten Vertreters bzw. zu Handen des Prokuristen einer Firma zugestellt werden. Kann eine solche Zustellung nicht bewirkt werden, so ist der Partei eine schriftliche Aufforderung zu hinterlassen, zwecks Entgegennahme der Zustellung zu bestimmter Zeit anwesend zu sein. Erst wenn die Partei dieser Aufforderung nicht nachkommt, also auch der zweite Zustellungsversuch erfolglos geblieben ist, darf zur Ersatzzustellung geschritten werden. Stellt sich bei dem Versuche der Zustellung des Zahlungsbefehls heraus, daß der Schuldner — entgegen den Gesuchsangaben — unbekannten Aufenthalts ist, so hat die Zustellung zu unterbleiben; der Zahlungsbefehl „bleibt wirkungslos".[30] Die Zustellungen erfolgen, der allgemeinen Vorschrift des § 87 ZPO entsprechend, von Amts wegen.

---

[29] Näheres bei Neumann, Komm. S. 358 Anm. I—IV.

[30] Neumann, Komm. S. 356—57 zu § 2 a. E.

Schon das Ansuchen um Erlassung des Zahlungsbefehls unterbricht die Verjährung (§ 13 GesMV). Tritt der Zahlungsbefehl durch Erhebung des Widerspruchs außer Kraft, so ist die Verjährung bis zur Erhebung des Widerspruchs als gehemmt anzusehen. Seit der 1. GerEntlNov von 1914 begründet nicht mehr wie bis dahin das Ansuchen um Erlassung des Zahlungsbefehls bzw. die Mahnklage, sondern erst die Zustellung des Zahlungsbefehls die Streitanhängigkeit (Rechtshängigkeit). Eine Zurücknahme des Ansuchens bzw. der Mahnklage ist daher in dem Fall, daß der Gläubiger gegen einen Schuldner, dem der Zahlungsbefehl mangels eines bekannten Aufenthalts nicht zugestellt werden konnte, nunmehr Klage im ordentlichen Verfahren erheben will, nicht mehr erforderlich.[31] Die Streitanhängigkeit dauert solange an, als der Zahlungsbefehl nicht in Rechtskraft erwachsen bzw. bis er durch Widerspruch außer Kraft gesetzt ist.[32]

Eine Bestimmung über den Einfluß von Tod, Konkurs oder anderer Unterbrechungsgründe auf das Verfahren enthält auch das österreichische Gesetz nicht. Für den einzigen im Schrifttum behandelten Fall, daß der Schuldner vor Ablauf der Widerspruchsfrist die Prozeßfähigkeit verliert, wird angenommen, daß das Verfahren in Anwendung der allgemeinen Vorschriften der ZPO unterbrochen werde und eine Fortsetzung des Verfahrens sodann durch Aufnahme gegenüber dem gesetzlichen Vertreter des Prozeßunfähigen zu erfolgen habe.[33] Da durch Zustellung des Zahlungsbefehls die Streitanhängigkeit begründet wird, ist m. E. auch bei Eintritt anderer Unterbrechungsgründe nach Zustellung — vor allem also Tod oder Konkurs einer Partei — die Anwendung der entsprechenden Vorschriften der ZPO (§§ 155 ff.) geboten.

Die Gerichtsferien haben auch in Österreich auf das Mahnverfahren keinen Einfluß (§ 223 II ZPO).

---

[31] A. A. Klein-Schauer-Hermann: ZPO Anm. 1 zu § 232, Neumann, Komm. S. 356/57 zu § 2 in Widerspruch zu S. 358 zu § 13.

[32] Neumann, Komm. S. 35.

[33] Neumann, Komm. S. 358/59 und Lit. Anm. 3.

Im schweizerischen Recht erfolgt eine Zustellung des Zahlungsbefehls sowohl an den Schuldner wie an den Gläubiger (Art. 70, 71, 76 SchKG). Die Zustellung an den Schuldner hat spätestens an dem auf den Eingang des Betreibungsbegehrens folgenden Tage zu geschehen; Erlassung des Zahlungsbefehls und dessen Zustellung haben also innerhalb 24 Stunden bewirkt zu sein. Liegen gegen den gleichen Schuldner mehrere Betreibungsbegehren vor, so sind die sämtlichen Zahlungsbefehle gleichzeitig zuzustellen. Die Zustellungen erfolgen von Amts wegen. Nähere Bestimmungen über Art und Weise der Zustellung enthalten die Art. 72, 64—66 SchKG. Der Zahlungsbefehl kann abweichend vom deutschen Recht auch öffentlich oder im Ausland zugestellt werden. Bei ausländischem Wohnsitz des Schuldners erfolgt die Zustellung gemäß Art. 66 III durch die Vermittlung der dortigen Behörden oder durch die Post. Öffentliche Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung tritt bei unbekanntem Wohnort des Schuldners ein. Der Betreibungsbeamte kann in diesen Fällen die Widerspruchsfrist den Umständen gemäß verlängern (Art. 66 V). Mit dieser Möglichkeit der Fristverlängerung sind die — z. B. im deutschen Recht — gegen die Auslands- und öffentliche Zustellung bestehenden Bedenken[34] behoben.

Die Zustellung der für den Gläubiger bestimmten Ausfertigung des Zahlungsbefehls wird nicht sofort nach Erlassung des Zahlungsbefehls bewirkt. Das Betreibungsamt hat vielmehr abzuwarten, ob innerhalb der gesetzten Frist ein Rechtsvorschlag des Schuldners einkommt. Kommt ein solcher ein, so wird der Inhalt des Rechtsvorschlags auf der Ausfertigung des Zahlungsbefehls vermerkt und dem Gläubiger „unmittelbar nach dem Rechtsvorschlag" zugestellt. Kommt ein Rechtsvorschlag nicht ein, so wird ein dahingehender Vermerk auf die Ausfertigung des Zahlungsbefehls gesetzt und diese „sofort nach Ablauf der Betreibungsfrist dem Gläubiger zugestellt" (Art. 76 I, II).

[34] Für das deutsche Recht vgl. Mot. S. 380.

Auch nach schweizerischem Recht wird durch Zustellung des Zahlungsbefehls die Verjährung (Art. 135 Ziff. 2, 806 OR) und die Ersitzung (Art. 728 ZGB) unterbrochen. Es ist aber bestritten, ob schon der Einreichung des Betreibungsbegehrens beim Betreibungsamt diese Wirkung zukommt.[35] Der Gesetzeswortlaut („durch Anhebung der Betreibung", Art. 806 OR) spricht nicht dafür; denn die Schuldbetreibung beginnt erst mit der Zustellung des Zahlungsbefehls (Art. 38 II SchKG). Aber überwiegende praktische Gründe[36] sprechen dafür, die Wirkung der Unterbrechung von Verjährung und Ersitzung wie im deutschen und österreichischen Recht schon auf den Zeitpunkt der Einreichung des Betreibungsbegehrens zurückzubeziehen. Diesem Standpunkt hat sich auch das schweizerische Bundesgericht angeschlossen.[37] Die Verjährung beginnt, wie Art. 138 II OR bestimmt, mit jedem Betreibungsakt von neuem.

Während der Betreibungsferien und solange dem Schuldner sogenannter Rechtsstillstand (oder Nachlaßstundung) gewährt ist, dürfen Betreibungshandlungen gegen ihn nicht vorgenommen werden (Art. 56 Ziff. 3 und 4 SchKG). Deshalb ist die Erlassung des Zahlungsbefehls gegen ihn während dieser Zeit nicht zulässig und mittels Beschwerde anfechtbar. Auf den Ablauf der Rechtsvorschlagsfrist ist diese Bestimmung nicht anwendbar; doch greift hier zu Gunsten des Schuldners Art. 63 SchKG ein. Danach wird eine Frist, deren Ende in die Zeit der Ferien oder des Rechtsstillstands fällt, bis zum 3. Tage nach Ablauf der Ferienzeit oder des Rechtsstillstands verlängert. Betreibungsferien laufen sieben Tage vor und sieben Tage nach Ostern, Pfingsten, dem eidgenössischen Bettag und Weihnachten, also insgesamt 8 Wochen im Jahr. Unter den Rechtsstillständen unterscheidet das Gesetz

[35] S. über den Stand der Meinungen Jäger I Art. 67 Anm. 1.

[36] Unmöglichkeit der Zustellung während der Ferien und Rechtsstillstände, Jäger a. a. O., Oser OR Art. 135 Anm. 4 a; zu weitgehend von Tuhr S. 616 (§ 81 II a).

[37] BGE 39², 12 (Jäger, Nachtrag I Art. 67 Anm. 1).

kraft Gesetzes und durch besonderen Beschluß einer Behörde gewährte Rechtsstillstände. Rechtsstillstand kraft Gesetzes besteht für einen Schuldner während der Dauer seines Militärdienstes (Art. 57), bei Tod eines nahen Angehörigen für den Todestag und die nachfolgenden 5 Tage (Art. 58), bei einer Betreibung für eine Erbschaftsschuld, außerdem während der für Antritt oder Ausschlagung der Erbschaft eingeräumten Überlegungsfrist. Rechtsstillstand kann durch besonderen Beschluß des Betreibungsbeamten einem Schuldner bei schwerer Krankheit, durch Beschluß der Kantonsregierung bestimmten Gebieten oder Teilen der Bevölkerung u. a. im Falle eines Landesunglücks[38] gewährt werden (Art. 61—62).

Das eigentümliche Rechtsinstitut des Rechtsstillstands: ein Moratorium kraft Gesetzes oder Gewährung, von fester oder festsetzbarer Dauer, ist anderen Rechten unbekannt. Es hilft, unnötige, weil ergebnislose, Härten in der Vollstreckung vermeiden.

Stirbt der Schuldner nach Zustellung des Zahlungsbefehls, aber vor Ablauf der Bestreitungsfrist, so ergibt sich aus der obigen Darstellung, daß der Erbe bis zum 3. Tag nach Ablauf des Rechtsstillstands den Rechtsvorschlag erheben muß. Sonst kann die Betreibung gegen die Erbschaft fortgesetzt werden. Wird über das Vermögen des Schuldners der Konkurs eröffnet, so werden alle gegen den Schuldner laufenden Betreibungsverfahren, die noch nicht bis zur Verwertung fortgeschritten sind, hinfällig (Art. 199 SchKG). Der Gläubiger muß seine Forderung nunmehr nach erfolgter öffentlicher Bekanntmachung, dem sog. Schuldenruf, dem Konkursamt einreichen (Art. 231 II). Wird einem Schuldner auf sein Begehren sog. Nachlaßstundung (zweimonatige Stundung zur Vorbereitung eines außergerichtlichen Vergleichs) gewährt, so kann gegen ihn eine Betreibung weder angehoben noch

[38] Auch eine plötzlich eintretende Krise in einem Industriezweig fällt hierunter (Jäger I Art. 62).

fortgesetzt werden; ebenso ist der Lauf einer jeden Verjährungs- oder Verwirkungsfrist, die durch Betreibung unterbrochen werden kann, gehemmt (Art. 297).

In den kantonalen Prozeßordnungen, die ein Rechtsbotverfahren zulassen, sind besondere Bestimmungen über Veranlassung und Form der Zustellung nicht getroffen. Aus der Fassung der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften („durch Vermittlung des Gemeindammanns erlassen" — St. Gallen Art. 278 —; „durch den Gemeindegerichtspräsidenten ausgerichtet" — Appenzell A.-Rh. Art. 2 II) ist aber auf amtliche Veranlassung der Zustellung zu schließen. In der Praxis stellt die Behörde, die das Rechtsbot erläßt, dieses durch die Post oder den Weibel dem Schuldner zu.[39] Abweichend vom eidgenössischen Recht bestehen keinerlei Vorschriften über den Einfluß von Tod oder Konkurs einer Partei auf das Verfahren.

VI. Die Widerspruchsfrist.

Ist der Zahlungsbefehl erlassen und zugestellt, so kommt eine Fortsetzung des Verfahrens erst nach Erhebung des Widerspruchs (durch Antrag auf Anberaumung eines Termins) oder nach ungenutztem Ablauf der Widerspruchsfrist[1] in Frage. In Übereinstimmung mit dem geltenden deutschen Recht setzt der E die Dauer der Widerspruchsfrist auf eine Woche fest, läßt aber gleichzeitig die Abkürzung der Frist auf Antrag zu (§ 807 II E), um besonderen Dringlichkeitsgründen Rechnung zu tragen.[2] Eine allgemeine Verkürzung der Widerspruchsfrist auf weniger als eine Woche ist m. R. unterlassen worden. Die Widerspruchserklärung erfordert nach der neuen Gestaltung im E Sachausführungen, ein Widerspruch ohne Begründung ist nicht mehr zulässig: daher

---

[39] Fritzsche S. 49.

[1] Nach schweizerischem Recht erst nach Ablauf der davon verschiedenen Zahlungsfrist, näheres s. oben S. 84 ff.

[2] E S. 470.

stellt die Widerspruchsfrist zugleich eine wichtige Überlegungsfrist dar, die nicht zu kurz bemessen werden darf. Auf Antrag des Gläubigers kann aber im Einzelfall das Vollstreckungsgericht (Richter bzw. Rechtspfleger) die Frist abkürzen. Eine Mindestgrenze für diese Frist ist nicht bestimmt. Sie steht im Ermessen des Gerichts. Doch sollte sich das Gericht überhaupt nur bei Vorliegen besonderer Dringlichkeitsgründe zu einer Abkürzung der Frist entschließen. Der Schuldner, der mit einer Frist in seiner Überlegung zu sehr gedrängt wird, wird leichter Widerspruch einlegen, als wenn er in Ruhe Überlegung und evtl. Nachforschung hat vornehmen können. Die Verkürzung der Widerspruchsfrist erfolgt durch Verfügung, die aber m. E. nicht selbständig anfechtbar ist. Für den Gläubiger ist eine solche Anfechtung — durch Erinnerung — praktisch wertlos, dem Schuldner gegenüber ist die abgekürzte Frist Teil des Zahlungsbefehls geworden und daher nur mit diesem zusammen anfechtbar.

Auch nach geltendem Recht beträgt die Dauer der Widerspruchsfrist grundsätzlich eine Woche. Bis zur Nov. von 1898 war sie auf zwei Wochen festgesetzt, ohne daß eine Abkürzung möglich gewesen wäre. Das Bedürfnis nach einer Fristverkürzung wurde von den Verfassern der ZPO verneint,[3] und für besonders schleunige Fälle auf das ordentliche Verfahren mit der Möglichkeit abgekürzter Einlassungsfrist und der Gewährung vorläufiger Vollstreckbarkeit verwiesen. Durch die Nov. von 1898 wurde dann die Widerspruchsfrist allgemein auf eine Woche herabgesetzt. Aber erst durch die EntlNov von 1915 (§ 14 a, jetzt[4] § 692 S. 2 ZPO) wurde für die Fälle, in denen bei klageweiser Geltendmachung die Einlassungsfrist eine kürzere ist, eine entsprechende Verkürzung der Widerspruchsfrist ermöglicht. In Betracht kommen die Fälle des § 499 ZPO für Ansprüche mit amtsgerichtlicher Klagezuständigkeit und des § 604 ZPO für

[3] Mot. S. 383.

[4] Seit der Nov. von 1924 (Art. VII).

Wechselansprüche. Die Widerspruchsfrist kann in diesen Fällen bis auf mindestens 24 Stunden herab festgesetzt werden.[5] Im E wird dem Richter bzw. Rechtspfleger also größere Freiheit in der Bemessung der Widerspruchsfrist gelassen.

Wie nach geltendem Recht ist die Widerspruchsfrist auch nach dem E keine Notfrist. Doch läßt § 810 E gegen ihre Versäumung unter gewissen Bedingungen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu. Die Widerspruchsfrist ist nach geltendem Recht — in Abweichung vom E — keine Ausschlußfrist. Der Widerspruch kann vielmehr gemäß § 694 I ZPO solange erhoben werden, bis nicht der Vollstreckungsbefehl verfügt ist. „Verfügt" ist der Vollstreckungsbefehl nicht erst mit Zustellung oder Aushändigung des Vollstreckungsbefehls an den Gläubiger[6] oder — wie andere verlangen[7] — mit der Übergabe an den Gerichtsvollzieher zwecks Zustellung. Verfügt ist der Vollstreckungsbefehl vielmehr richtiger Ansicht nach schon mit der Unterzeichnung.[8]

Im österreichischen Recht beträgt die Widerspruchsfrist 14 Tage. Wenn auch der Zahlungsbefehl auf besonderes Gesuch des Gläubigers für vollstreckbar erklärt wird, ist doch nicht wie im geltenden deutschen Recht der Widerspruch noch bis zur Stellung dieses Gesuches oder bis zur Verfügung der Vollstreckbarkeit zulässig. Die Widerspruchsfrist ist eine Notfrist;[9] sie kann daher vom Gericht nicht verlängert werden (§ 128 ZPO), die Gerichtsferien sind auf ihren Lauf ohne Einfluß (§ 225 ZPO). Unter bestimmter Voraussetzung, die das GesMV (§ 14) selbständig regelt, ist aber gegen ihre Versäumung Wiedereinsetzung in den vorigen Stand möglich.

Nach dem schweizerischen SchKG ist zwischen der Frist zur Erhebung des Rechtsvorschlags und der Frist zur Zah-

[5] Guth S. 40.
[6] S. Nachweise bei Förster-Kann § 694 1 b.
[7] Seuffert § 694, Förster-Kann a. a. O.
[8] Hellwig § 254 I a. E.; jetzt auch Stein-Jonas § 694 I.
[9] Sperl S. 556.

lung zu unterscheiden. Rechtsvorschlag kann nur innerhalb 10 Tagen seit Zustellung des Zahlungsbefehls erhoben werden. Wird er erhoben, so kann der Gläubiger die Fortsetzung des Verfahrens (durch Antrag auf Rechtsöffnung) betreiben. Wird Rechtsvorschlag innerhalb dieser Frist nicht erhoben, so ist aber eine Fortsetzung des Verfahrens erst nach Ablauf einer weiteren Frist von 10 Tagen möglich. Über die Erhebung des Rechtsvorschlags soll sich — das ist der Gedanke des Gesetzgebers — der Schuldner rasch klar werden. Er muß wissen, ob er schuldet oder nicht. Bestreitet er seine Schuld nicht, so wird ihm zur Zahlung eine längere Frist, die Zahlungsfrist des Art. 88 von insgesamt 20 Tagen seit Zustellung des Zahlungsbefehls, gewährt. Nach Ablauf der Rechtsvorschlagsfrist kann Rechtsvorschlag nicht mehr erhoben werden, weder innerhalb der noch laufenden Zahlungsfrist noch bis zur Fortsetzung des Verfahrens durch sogenanntes Pfändungsbegehren oder dessen Erledigung (wie im § 694 I der deutschen ZPO). Die Erhebung des Rechtsvorschlags gilt aber auch noch dann als rechtzeitig, wenn das Rechtsvorschlagsschreiben erst nach Fristablauf beim Betreibungsamt eingeht, jedoch vor Ablauf der Frist zur Post aufgegeben war (Art. 32). Entscheidend für den Zeitpunkt der Aufgabe ist der Poststempel.[10] Die Vorschrift gilt nur für die Aufgabe bei schweizerischen, nicht bei ausländischen Poststellen.[11]

Während des Laufs der Bestreitungsfrist kann der Schuldner Einsicht in die Urkunden des Gläubigers verlangen. Ihm soll Gelegenheit geboten werden, sich über die Begründetheit des geltendgemachten Anspruchs, über Möglichkeit und Erfolgsaussichten des Rechtsvorschlags zu unterrichten. Das deutsche Recht kennt nur beim Urkunden- und Wechselzahlungsbefehl aus den gleichen Erwägungen die Bestimmung, daß die Urkunden in Abschrift dem Zahlungsbefehl beizufü-

[10] Jäger I Art. 32 Anm. 4 a. E.

[11] Analog der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 41 OR (Jäger a. a. O.).

gen sind.[12] Das Verlangen um Einsicht hat der Schuldner nach schweizerischem Recht beim Betreibungsamt zu stellen, und zwar in seinem Interesse möglichst unmittelbar nach der Zustellung;[13] denn der Ablauf der Bestreitungsfrist wird durch das Verlangen um Einsicht nicht gehemmt; das Betreibungsamt erläßt sodann die Aufforderung an den Gläubiger, innerhalb der Bestreitungsfrist den Forderungstitel im Original oder in amtlich beglaubigter Abschrift beim Betreibungsbeamten zur Einsicht aufzulegen (Art. 73 I SchKG). Kommt der Gläubiger der Aufforderung nicht nach, so ist das zwar auf den Ablauf der Bestreitungsfrist ohne Einfluß. „Jedoch hat der Richter in einem nachfolgenden Rechtsstreit beim Entscheid über die Prozeßkosten den Umstand zu berücksichtigen, daß der Schuldner den Forderungstitel nicht einsehen konnte" (Art. 73 II SchKG). Diese Kostenbestimmung läßt verwandte Gedanken des deutschen E (§§ 207 II, 95!) anklingen.

In den einzelnen kantonalen Rechtsbotverfahren ist die Frist zur Erhebung des Rechtsvorschlags auf 10 (Appenzell I.-Rh. Art. 26 b) bzw. 14 Tage (Appenzell A.-Rh. Art. 3, St. Gallen Art. 273) festgesetzt.

VII. Das Verfahren bei Erhebung von Einwendungen.

1. Die Rechtsbehelfe, insbesondere der Widerspruch.

Das weitere Verfahren nach Erlassung und Zustellung des Zahlungsbefehls gestaltet sich nun verschieden, je nachdem ob der Zahlungsbefehl unwidersprochen geblieben ist oder nicht. Im ersteren Falle findet das Verfahren auf Antrag des Gläubigers oder von Amts wegen seine endgültige oder vorläufige Erledigung im Sinne des Gläubigers: der Zahlungsbefehl wird für vollstreckbar erklärt. In letzterem Falle findet das Verfahren sein Ende entgegen den Intentionen des

[12] Huth S. 54. Näheres unten S. 170.

[13] Einem späteren Begehren braucht der Gläubiger nicht mehr zu entsprechen (Jäger I Art. 73 Anm. 1).

Gläubigers. Es ist eine prozeßpolitische und prozeßtechnische Frage, inwieweit auf Antrag oder von Amts wegen eine Fortführung oder Überleitung des bisherigen Mahnverfahrens in das Streitverfahren für zulässig erklärt wird. Es soll hier zunächst der Fall behandelt werden, daß Einwendungen (insbesondere Widerspruch) erhoben werden. Dieser Fall stellt zwar in Gesetz und Rechtsleben den Ausnahmefall gegenüber dem Regelfall des Unwidersprochenbleibens dar. Seine Darstellung an dieser Stelle ist aber dadurch gerechtfertigt, daß sonst die Behandlung des Einspruchs bzw. nachträglichen Widerspruchs gegen den vollstreckbar gewordenen Zahlungsbefehl auf noch unbekannte Teile der Darstellung verweisen müßte. Doppelte Darstellung oder mögliche Unklarheit wären die Folgen.

Die formellen Erfordernisse der Widerspruchseinlegung sind im geltenden Recht und im E im wesentlichen die gleichen. Dagegen haben die materiellen Erfordernisse im E eine grundlegende Umgestaltung erfahren.

Im Gegensatz zum geltenden Recht, das für alle vom Schuldner zu erhebenden Einwendungen nur einen Rechtsbehelf, den Widerspruch, kennt, beschränkt der E den Widerspruch auf bestimmte Einwendungen. Mit dem Widerspruch kann nur geltend gemacht werden, daß der Anspruch z. Z. der Erlassung des Zahlungsbefehls nicht bestanden habe. Im übrigen stehen dem Schuldner bezügl. anderer Einwendungen als der im Wege des Widerspruchs verfolgbaren andere Rechtsbehelfe (Vollstreckungsbeschwerde, Einstellungsantrag) zu Gebote. Ihnen ist aber die besondere Wirkung des Widerspruchs: dem Zahlungsbefehl seine Kraft zu nehmen und das Mahnverfahren in das Streitverfahren überzuleiten, nicht beigelegt. Mit der Spaltung der Rechtsbehelfe gegen den Zahlungsbefehl trifft der Entwurf eine Neugestaltung, die in der Umwandlung des Mahnverfahrens zum Vollstreckungseinleitungsverfahren ihre theoretische Grundlage findet. Immerhin ist die Gefahr nicht von der Hand zu weisen, daß dem Schuldner gegenüber die Buntheit der zugelas-

senen Rechtsbehelfe verwirrend wirken und zu ungerechtfertigten und unbeabsichtigten Verwicklungen führen kann.

Bei Einwendungen, die das eingeschlagene Verfahren betreffen (Rüge der Unzuständigkeit des Gerichts,[1] der fehlerhaften Zustellung, der unzulässigen Befristung oder Bedingung des Zahlungsbefehls u. a.), hat der Schuldner das Rechtsmittel der Vollstreckungsbeschwerde nach § 838 E.[2] Die Vollstreckungsbeschwerde ist wie der Widerspruch vor Ablauf einer Notfrist von einer Woche seit Zustellung des Zahlungsbefehls bei dem Vollstreckungsgericht mündlich oder zur Niederschrift der Geschäftsstelle einzulegen (§ 840 I E). Gegen die Versäumung der Frist ist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 185 ff., also unter anderen Bedingungen als gegen die Versäumung der Widerspruchsfrist (§ 810) möglich. Bei der Vollstreckungsbeschwerde ist die Gewährung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand teils an strengere (§ 187 gegenüber § 810 I a. E.), teils an weniger weitgehende (§ 188 I, II gegenüber § 810 II) Voraussetzungen gebunden. Während schließlich der Schuldner, der von der Zustellung des Zahlungsbefehls keine Kenntnis erhalten hat, noch binnen 14 Tagen nach Kenntniserlangung — gleichgültig, wann diese eintritt — Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Widerspruchsfrist beantragen kann, setzt das Gesetz für die Versäumung der Vollstreckungsbeschwerdefrist in § 188 III wenigstens eine allgemeine einjährige Ausschlußfrist vom Fristende ab fest. Die starke Verschiedenheit in den Wiedereinsetzungsbestimmungen bei Widerspruch und Vollstreckungsbeschwerde

[1] Wird die Zuständigkeit nicht durch Vollstreckungsbeschwerde gegen den Zahlungsbefehl angefochten, so ist die Rüge für das weitere Verfahren (§ 790) „ausgeschaltet und kann nicht mehr gegen die einzelnen Durchführungsakte gerichtet werden" (E S. 458).

[2] Die Einrede der Vereinbarung eines Schiedsgerichts läuft — wie E S. 422 sagt — mit Rücksicht auf die Gestaltungsbefugnis des Schiedsgerichts darauf hinaus, daß das Nochnichtfeststehen der Schuld behauptet wird; m. E. hängt diese Auslegung von der jeweiligen Kompetenz des Schiedsgerichts ab.

erscheint besonders bezügl. der Fristen nicht nötig. Die Vollstreckungsbeschwerde muß, wie alle Rechtsmittel, mit einer Begründung versehen sein. Aber auch bei fehlender Begründung darf mangels besonderer gesetzlicher Vorschrift die Vollstreckungsbeschwerde nicht als nicht eingelegt angesehen werden. Ebensowenig ist eine analoge Anwendung der bei Berufung (§ 485 I S. 2 E = § 519 b I S. 2 ZPO) und Revision (§ 518 I S. 2 E = § 554 a I S. 2 ZPO) vorgeschriebenen Verwerfung des Rechtsmittels als unzulässig wegen fehlender Begründung möglich. Die Vollstreckungsbeschwerde soll zur Stützung der Begründung zugleich die Beweismittel bezeichnen und nach Möglichkeit beifügen. Durch diese Bestimmungen soll die Stellungnahme des Gerichts zu der Beschwerde erleichtert werden.[3] Das Vollstreckungsgericht ist zu einer Änderung seiner Entscheidung, also zur Aufhebung des Beschlusses, durch den der Zahlungsbefehl erlassen wurde, befugt, solange es die Akten nicht dem Beschwerdegericht (Landgericht, § 534) vorgelegt hat. Die Vorlegung der Akten soll im übrigen unverzüglich erfolgen (§ 840). Das Beschwerdegericht entscheidet durch Beschluß. Gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts ist nur dann, wenn in ihr ein neuer selbständiger Beschwerdegrund enthalten ist, weitere Beschwerde zulässig.

Bei Einwendungen, die den Bestand des geltend gemachten Anspruchs zwar nicht z. Z. der Erlassung des Zahlungsbefehls, aber z. Z. der Erhebung der Einwendungen betreffen, sieht der E die Einstellung des eingeleiteten Vollstreckungsverfahrens wegen Zweckerreichung vor. Hierher gehören die Fälle, daß der Schuldner nach der Erlassung des Zahlungsbefehls die Forderung des Gläubigers durch Zahlung, Erwerb einer aufrechenbaren Gegenforderung[4] oder in sonstiger Weise zum Erlöschen gebracht oder daß die Forderung durch Vertrag zwischen Schuldner und Gläubiger (Erlaßvertrag)

[3] E S. 497 zu § 838 a. E.
[4] E S. 470 zu § 807.

getilgt oder gestundet worden ist.[5] Ist vor der Erlassung des Zahlungsbefehls, d. h. vor der Beschlußfassung, deren Zeitpunkt sich aus dem Datum des Zahlungsbefehls ergibt, gezahlt, erlassen oder gestundet worden, so ist der Einwand durch Widerspruch zu verfolgen. Der E geht für den Regelfall m. R. davon aus, daß im Zeitpunkt der Erlassung des Zahlungsbefehls die Lage ebenso ist, wie z. Z. der Antragstellung durch den Gläubiger.[6] Behauptet der Schuldner, den Gläubiger schon vor Stellung des Antrags auf Erlassung des Zahlungsbefehls klaglos gestellt zu haben, so zeigt das Vorgehen des Gläubigers nunmehr, daß er den Einwand des Schuldners für unbegründet hält. Zum Austrag dieses Streits ist das Streitverfahren bestimmt, in das das Mahnverfahren durch Erhebung des Widerspruchs übergeleitet wird. In diesem hat der Schuldner nach den allgemeinen Vorschriften Erlöschen oder Stundung der Forderung zu beweisen. Behauptet der Schuldner aber, die einwandbegründenden Tatsachen seien erst nach Erlassung des Zahlungsbefehls entstanden, so gibt er die Begründetheit des Anspruchs und des erlassenen Zahlungsbefehls für den entscheidenden Zeitpunkt zu. Es ist eine vermeidbare Härte für den Gläubiger, ihn auf die bloße Behauptung des Schuldners hin um die Vollstreckbarkeit des Zahlungsbefehls zu bringen und in die Rolle des Klägers in einem anschließenden Streitverfahren zu zwingen. Ist die Behauptung des Schuldners richtig und vom Gläubiger nicht bestritten, so ist die Einstellung des Verfahrens auf Antrag des Gläubigers oder des Schuldners sofort zu erreichen. Wird die Behauptung des Schuldners bestritten, so läßt sich der Beweis durch den Schuldner im Vollstreckungsverfahren billiger, rascher und formloser als im Streitverfahren erbringen. Unnötige Benachteiligung und Gefährdung des Gläubigers wird damit vermieden. Ist aber die Behauptung

[5] Bei kalendermäßig bestimmter Stundungsfrist ist u. U. Umwandlung des Zahlungsbefehls in einen solchen mit kalendermäßiger Befristung nach § 804 möglich.

[6] E S. 470 zu § 807.

des Schuldners unrichtig oder bestritten und nicht beweisbar, so liegt es im Interesse aller, auch des Gerichts, ohne Einleitung eines neuen Verfahrens mit unnötiger Zeit-, Arbeits- und Geldverschwendung eine Entscheidung zu erreichen. Die Regelung des E, die bei Entstehung einwandbegründender Tatsachen nach Erlassung des Zahlungsbefehls als Rechtsbehelf nur die Einstellung des Vollstreckungsverfahrens kennt, ist daher zu begrüßen. Die Tatsachen werden als sog. negative Voraussetzungen[7] der Vollstreckung nur dann berücksichtigt, wenn sie geltend gemacht werden. Der Schuldner wird in seinem eigensten Interesse bei Vorliegen der Tatsachen selbst Antrag auf Einstellung stellen. Zwar ist auch der Gläubiger verpflichtet, in diesem Fall seinen Vollstreckungsantrag zurückzunehmen, wenn er ihn sich nicht vorbehalten hatte. Unterläßt dies der Gläubiger aber, so würde sich der Schuldner ohne eigenen Antrag unerwartet Vollstreckungsakten gegenübersehen.

Das eingeleitete Vollstreckungsverfahren wird erst dann eingestellt, wenn feststeht, daß die Voraussetzungen für seine Durchführung nicht mehr vorliegen (§§ 818, 861 E). Unterbleibt dennoch die Einstellung des Verfahrens, so ist gegen die Maßnahme des Gerichts die Erinnerung (§§ 838, 844 E) gegeben. Über sie hat das Vollstreckungsgericht (also in jedem Falle der Richter, nicht der Rechtspfleger) durch Beschluß zu entscheiden. Wird die Erinnerung zurückgewiesen, so ist hiergegen die besondere Vollstreckungsbeschwerde des § 842 E gegeben. Sie führt — eine verfahrensrechtliche Neuerung — zu einem eigenartigen, durch Beschwerde eingeleiteten Verfahren, das hinsichtlich der Zuständigkeit, der Formalienprüfung und der Rechtsmittel einem Streitverfahren 2. Instanz gleicht, im übrigen aber nach den Grundsätzen des Streitverfahrens 1. Instanz behandelt wird.[8] Die besondere Vollstreckungsbeschwerde ist innerhalb einer Notfrist

[7] § 780 E, s. auch E S. 443.
[8] E S. 501.

von 2 Wochen bei dem Vollstreckungsgericht einzulegen. Dieses kann seine Entscheidung ändern, bis es die Akten dem Beschwerdegericht vorlegt. Die Einlegung der besonderen Vollstreckungsbeschwerde unterliegt dem Anwaltszwang.

Wie schon ausgeführt, ist im E der Widerspruch dem Schuldner nur für die Fälle als Rechtsbehelf gegeben, in denen der Bestand des geltend gemachten Anspruchs z. Z. der Erlassung des Zahlungsbefehls angegriffen wird. Um irgendwelche Zweifelsmöglichkeiten für den Schuldner auszuschließen, definiert der E (§ 807 I S. 2) den Widerspruch als eine „Erklärung, aus der hervorgeht, daß der Erklärende sich zu Unrecht in Anspruch genommen glaubt". Durch diese Fassung der Erklärung bezweckt der E vor allem, Widersprüche auszuschließen, die der Schuldner einlegt, nicht um ernsthaft zu bestreiten, sondern nur um die Sache zu verschleppen und Zeit zu gewinnen.[9] Diese Erwartung der Verfasser des E wird nicht grundlos in Zweifel gezogen,[10] hat doch auch die durch die Nov. von 1909 dem Widerspruchsrecht beigefügte Voraussetzung der Geltendmachung von Einwendungen die Zahl der Widersprüche nicht vermindert.

Da nach dem E aus dem Widerspruch hervorgehen muß, daß „der Schuldner Einwendungen hat, die den Bestand des geltend gemachten Anspruchs betreffen", ist nur eine Erklärung, aus der die einwendungsbegründenden Tatsachen hervorgehen, als Widerspruch i. S. des Gesetzes zu werten. Immerhin bestehen Bedenken, wieweit die Praxis mit dem Ausschluß mangelhaft begründeter Erklärungen, zumal bei geschäftsungewandten Schuldnern gehen kann und gehen wird. Eine folgerichtige und zweifellos wirksame Maßnahme zur Ausschließung grundloser Widersprüche ist die von namhafter Seite[10] befürwortete Begründungs- und Beweispflicht des Schuldners im Widerspruchsverfahren. Der Widerspruch soll nach dieser Ansicht „unter vollständiger Angabe der Tat-

[9] E S. 470.

[10] Rosenberg DJZ 1932 S. 45, Kupfer ZfRpfl in Bayern S. 59.

sachen nebst den Beweismitteln und unter Beifügung der im Besitz des Schuldners befindlichen Urkunden begründet und vom Vollstreckungsgericht zurückgewiesen oder nicht beachtet werden, wenn die vom Schuldner vorgebrachten Einwendungen gegen den Anspruch die Unbegründetheit des Widerspruchs ergeben". Gedacht ist wohl, wie der 2. Teil des Vorschlags ergibt,[11] nur an eine Schlüssigkeitsprüfung, nicht an eine materielle Prüfung der schuldnerischen Behauptungen und ihrer Unterlagen. Von geltenden Rechten ist nur dem österreichischen Mandatsverfahren eine Vorschrift i. S. dieses Vorschlags bekannt; das Mandatsverfahren wird aber nur nach materieller Prüfung der Grundlagen der Forderung eingeleitet. Es widerspricht m. E. dem Grundsatz des Mahnverfahrens, das auf bloße Behauptungen des Gläubigers ohne Angabe, geschweige Erhebung seiner Beweise durchgeführt wird, im Widerspruchsverfahren Angabe und Beifügung der Beweismittel vom Schuldner zu fordern. Sicher wäre der Gewinn eines derartig gestalteten Verfahrens für den Gläubiger unschätzbar: Dezimierung der Widersprüche, wirksamste Förderung späterer Verhandlung![12] Aber solange nicht der Gläubiger verpflichtet ist, im Antrag auf Erlassung des Zahlungsbefehls seine Beweismittel anzugeben und auf Anfordern des Schuldners zur Einsicht zur Verfügung zu stellen, halte ich die (von Rosenberg) vorgeschlagene Regelung als einseitige Schuldnerbelastung für nicht gerechtfertigt. Die Zurückweisung des Widerspruchs als unbegründet müßte, wenn man diesem Vorschlag beitreten würde, als vorweggenommener Teil des Erkenntnisverfahrens (wie beim Urkunden- und Wechselzahlungsbefehl) stets dem Richter vorbehalten bleiben.[13] Wenn auch eine Substanziierung- und Beweismittelangabepflicht des Schuldners m. E. zu weit geht, wird man doch eine Angabe der widerspruchsbegründenden

[11] Immerhin ist diese Begrenzung angesichts des Vergleichs mit dem Urkunden- und Wechselmahnverfahren des E nicht klar.

[12] Betont von Kupfer ZfRpfl in Bayern S. 59.

[13] So m. R. Kupfer ZfRpfl in Bayern S. 59 a. E.

Tatsachen schon deshalb fordern müssen, um zu erkennen, welchen Rechtsbehelf der Schuldner geltend machen konnte und wollte. Von der Wahl des Ausdrucks – Widerspruch, Vollstreckungsbeschwerde, Einstellungsantrag — darf der Erfolg des Rechtsbehelfs nicht abhängen. Bei der komplizierten Dreiteilung der Rechtsbehelfe gegen den Zahlungsbefehl wird man dem Gericht die Entscheidung darüber überlassen müssen, welchen Rechtsbehelf der Schuldner auf Grund seiner Einwendungen geltend gemacht hat. Wichtig ist, daß schon die dem Zahlungsbefehl beigefügte Belehrung[14] den Schuldner darauf hinweist, daß nur die genaue Angabe der Einwendungstatsachen vor der Vollstreckung bewahren kann. Dann wird sich eine sachgemäße Behandlung der vom Schuldner vorgebrachten Erklärungen erreichen lassen.

Der vom E eingeführte Zwang zur Begründung des Widerspruchs soll neben der sachlichen Förderung des anschließenden Streitverfahrens dem Schuldner besonders eindringlich die Bedeutung der abzugebenden Erklärung vor Augen führen. Um dieser Bestimmung ein Höchstmaß von Nachdruck zu verleihen, greift der E dazu, die Abgabe einer wissentlich unwahren Widerspruchserklärung mit Strafe zu bedrohen (§ 807 IV).

Es ist dies nicht die einzige Stelle, an der das uralte und — wie man wohl allgemein glaubte — endgültig begrabene Rechtsinstitut der Prozeßstrafe vom E zu neuem Leben erweckt wird. Mag man gerade in heutiger Notzeit bei der Erschleichung des Armenrechts (§ 133 E), also eines staatlichen Unterstützungsanspruchs, eine Strafdrohung für durchaus verträglich mit dem Aufbau des Prozeßrechts halten,[15] so machen sich bei der Bestrafung der unberechtigten Widerspruchserhebung stärkste Bedenken geltend.

Trotz Übernahme des Grundsatzes der Wahrheitspflicht der Parteien aus dem österreichischen Recht hat man sich

[14] S. oben S. 80.

[15] Die Einarbeitung der Armenrechtsbestimmungen in die ZPO (E) beruht auf praktischen Erwägungen.

im E m.R. gescheut, die Verletzung der Wahrheitspflicht unter Strafe zu stellen. Die Verfasser des E sind der Ansicht,[16] daß auch ohne Sanktion dieses Prinzip die gleichen segensreichen Wirkungen zeitigen wird wie in Österreich. Mit welcher Begründung dann aber die unberechtigte Widerspruchserhebung unter Strafe gestellt werden sollte, ist nicht ersichtlich. Der Zahlungsbefehl ist noch kein Akt der Vollstreckung; in der Vollstreckung als Offizialverfahren (nach dem E) mögen Strafdrohungen — § 773! — noch eher vertretbar sein. Der Zahlungsbefehl ist vielmehr ein Versuch, die Vollstreckung einzuleiten. Eine Verbesserung der Rechtsstellung des Gläubigers im Mahnverfahren gegenüber dem ordentlichen Verfahren ist nicht beabsichtigt und nicht gerechtfertigt. Eine solche würde aber eintreten, wenn unwahre Angaben des Schuldners nur im Mahnverfahren unter Strafe gestellt würden.

Der E sieht vor, daß die Prozeßstrafe wegen unberechtigter Erhebung des Widerspruchs durch das Streitgericht zu verhängen ist. Auf das Verfahren sollen die Vorschriften des vollstreckungsgerichtlichen Verfahrens (Ermittlungsmöglichkeit, Entscheidungsform, Rechtsmittel) Anwendung finden.[17] Die Verhängung der Strafe ist dem Richter vorbehalten (§ 1023 Ziff. 10). Das Streitgericht ist für zuständig erklärt, weil sich in der Regel der Mißbrauch des Widerspruchsrechts erst vor ihm ergeben wird. Wie die Fassung des § 807 IV ergibt,[18] sollen im wesentlichen nur offenkundige Mißbrauchsfälle der Bestrafung anheimfallen. Schon vom Bestehen der Strafvorschrift erhoffen sich die Verfasser des E die erstrebte Wirkung, den Schuldner vor der Einlegung unbegründeter Widersprüche abzuhalten. Die in anderen Rechten mit Prozeßstrafen gemachten Erfahrungen berechtigen nicht zu dieser Hoffnung.[19] Es ist zu befürchten, daß die Strafan-

[16] E S. 286 (auch für Österreich).
[17] E S. 470 zu § 807.
[18] „Ergibt sich, daß . . ."
[19] Rosenberg DJZ 1932, S. 46.

drohung nur auf dem Papier stehen wird.[20] Damit wird sie aber das Gegenteil von dem wirken, was sie beabsichtigt: die Schuldnermoral zu heben. Will und kann der Schuldner nicht zahlen, so wird ihn auch eine etwaige Prozeßstrafe in Geld nicht schrecken; zum Vollzug einer Haftstrafe wird sich aber wohl kaum je ein Gericht entschließen.[21] Der Gedanke der Prozeßstrafe bei mißbräuchlicher Widerspruchserhebung hat denn auch in der Kritik des E einmütig Ablehnung erfahren.[22]

Die Einführung der Prozeßstrafe ist aber auch vom gesetzlichen Standpunkt aus ein Rückfall in den Gedankenkreis alter, längst verklungener Rechtsinstitute. Die ganze Entwicklung des Prozeßrechts zeigt seit dem Statutenrecht einen ständigen Abbau des Strafgedankens (Succumbenz- und ähnliche Strafen) im Zivilprozeß. Mag auch mit der Abkehr von der liberalistischen Gedankenwelt der Gedanke der staatlichen und sozialen Interessen beherrschend in den Vordergrund treten, so bedeutet doch die Wiedereinführung der Prozeßstrafen die Rückkehr in eine Gedankenwelt, die seit langer Zeit tot ist und auch künstlich nicht mehr lebendig gemacht werden kann.

Dagegen ist ein anderer Gedanke, den der E verwirklicht, geeignet, den Schuldner in seinem eigensten wirtschaftlichen Interesse von unbegründeter Widerspruchserhebung abzuhalten: das vollstreckungsgerichtliche Schuldnerschutzverfahren. Dieses findet nämlich nur statt, wenn der Schuldner „die Angelegenheit" — wie z. B. durch Erhebung unbegründeten Widerspruchs — „nicht verschleppt hat" (§ 950 I S. 2).

---

[20] Held JW 1931, S. 3504.

[21] Günther JW 1931 S. 2442, Schultze DJZ 1932 S. 647, Held JW 1931 S. 3504. Günther macht m. R. darauf aufmerksam, daß eine Belehrung über die Prozeßstrafe schon in der Belehrung über den Widerspruch, also mit dem Zahlungsbefehl, erfolgen müßte.

[22] Außer den bisher Angeführten vgl. Goldschmidt (JW 1931 S. 2446), nach dessen Ansicht die Verfasser des E selbst nichts von dieser Neuerung halten (?).

Damit ist ihm in Fällen von Zahlungsschwierigkeiten ein sicherer Weg geboten, ungerechtfertigte Vollstreckungen abzuwenden. Antrag auf Schuldnerschutzverfahren kann der Schuldner beim Vollstreckungsgericht stellen, sobald der Zahlungsbefehl ergangen (also zugestellt) ist. Der Antrag, der auch zu Protokoll des Gerichtsvollziehers gestellt werden kann, soll mit einer Begründung versehen sein, die Beweismittel bezeichnen und etwaige Beweisurkunden als Anlage enthalten (§ 950 II). Der E sieht drei allgemeine Schutzmaßnahmen des Vollstreckungsgerichts zu Gunsten des Schuldners vor — ihre Anordnung ist in allen Fällen dem Richter vorbehalten —: die Vermittlung eines Übereinkommens (§§ 950, 951), die Fristgewährung und die Anordnung einer Dauervollstreckung (§ 953). In Parallele zu dem vom E eingeführten Spezialkonkurs (durch das Klassensystem bei einer Mehrheit von Pfändungen) kann man hier von einem Spezialstundungsvergleich sprechen. Ein Aufschub der Vollstreckung tritt durch den Antrag des Schuldners auf Einleitung des Schuldnerschutzverfahrens in der Regel nicht ein. Zu beachten ist aber, daß der Zahlungsbefehl stets erst mit Ablauf der Widerspruchsfrist vollstreckbar wird; dies gilt auch dann, wenn der Antrag des Schuldners nach § 940 E unter gleichzeitiger Anerkennung der Schuld und Haftung gestellt ist.[23] Entspricht das Gericht nicht dem Antrag des Schuldners, sei es aus formellen, sei es aus materiellen Gründen, so ergeht die ablehnende Entscheidung in der Form der Verfügung (§ 782 III). Ein weiteres Rechtsmittel als die frist- und formlose Erinnerung ist also gegen diese Entscheidung nicht gegeben.

Einen gewissen Vorläufer haben die Schuldnerschutzmaßnahmen des E (insbesondere die Fristbewilligung des § 952) in § 2 der nunmehr im wesentlichen gegenstandslos gewordenen Zahlungsfristen VO (RGBl 1915, 290).[24] Doch wird

[23] Eine solche Anerkennung ist gemäß § 950 II S. 2 Voraussetzung für Gewährung einer Schuldnerschutzmaßnahme (vgl. auch E S. 541).

[24] Stein-Jonas § 694 IV, Huth S. 49.

hier die Zahlungsfrist nicht durch das Gericht festgesetzt, sondern auf Antrag des Schuldners durch die dem Gläubiger anheimgestellte Zustimmung zu diesem vereinbart. Gerichtlicher Zwang ist nicht möglich. Der Antrag des Schuldners gilt, wenn die Zustimmung verweigert wird, als Widerspruch. Damit legalisiert allerdings das Gesetz selbst den Widerspruch als Verschleppungsmittel. Die Zahlungsfristen VO findet nur noch in Verfahren Anwendung, die eine vor dem 31. Juli 1914 entstandene Geldforderung zum Gegenstande haben.[25]

Nach geltendem Recht ist der Widerspruch — anders als nach dem E — der einzige Rechtsbehelf des Schuldners gegen den Zahlungsbefehl. Nicht glücklich ist der Gesetzestext, der von Widerspruch „gegen den Anspruch" spricht.[26] Nicht nur alle „Einwendungen gegen den Anspruch", sondern auch alle Einwendungen gegen die Art seiner Geltendmachung und gegen das eingeschlagene Verfahren sind im Wege des Widerspruchs gegen den Zahlungsbefehl geltend zu machen.[27] Wenn auch der Schuldner Widerspruch nur erheben soll, wenn er Einwendungen hat, so besteht irgendwelche Sanktion für den Fall, daß Widerspruch nur zwecks Zeitgewinnung erhoben wird, nicht. Tatsächlich bürgert sich daher zumal in Krisenzeiten der Mißstand ein, daß in der großen Mehrzahl der Fälle Widerspruch auch dann erhoben wird, wenn eine Bestreitung des geltend gemachten Anspruchs gar nicht beabsichtigt ist. Der Schuldner weiß, daß Wochen bis zum ersten Termin vergehen, in dem er dann Versäumnisurteil gegen sich ergehen läßt.[28] Die ihm genau bekannten Verfahrenskosten nimmt er in Kauf, wenn er dafür einige Wochen Zeit gewinnt und Geld spart. Die Widerspruchs-

[25] Baumbach Anm. 1 zu § 6 EntlVO.

[26] Skedl S. 129.

[27] Rosenberg (Lehrbuch § 166 III 6 a) geht soweit, den Widerspruch als Antrag auf Verhandlung über den Anspruch zu bezeichnen (m. E. unhaltbar!).

[28] S. auch Zörb „Rechtspfleger" 1929 S. 496.

erklärung braucht nach geltendem Recht nicht nur nicht begründet zu werden; eine Begründung wird sogar als „unnütz“[29] und „überflüssig“[30] angesehen. Immerhin geht es für den Regelfall zu weit, auch dann stets das Vorliegen eines wirksamen Widerspruchs anzunehmen, wenn der Schuldner dem Widerspruch eine Erklärung beifügt, aus der sich ergibt, daß er die zur Begründung des Anspruchs geltendgemachten Tatsachen gar nicht bestreiten will.[31] Denn auch die Widerspruchserklärung unterliegt der Auslegung nach allgemeinen Grundsätzen. Ergibt sich daher aus der Widerspruchsbegründung — was auf den Einzelfall ankommt —, daß gar nicht Bestreitung, sondern nur Terminanberaumung zwecks Zeitgewinns beabsichtigt ist, so liegt ein wirksamer Widerspruch m. E. nicht vor. Der Gebrauch des Ausdrucks „Widerspruch“ ist im übrigen nach allgemeinem Auslegungsgrundsatz nicht wesentlich.[32]

Die Vorschriften über Form, Umfang und Wirkung des Widerspruchs sind nach dem E im wesentlichen die gleichen wie nach geltendem Recht. Der Widerspruch ist bei dem Gericht zu erheben, das den Zahlungsbefehl erlassen hat. Die Erhebung des Widerspruchs erfolgt schriftlich (mit eigenhändiger Unterschrift[33]) oder mündlich. Bei mündlicher Erhebung verlangt der E Aufnahme eines Protokolls („Erklärung zur Niederschrift der Geschäftsstelle“, § 807 I S. 1), da die Abgabe und vor allem die Fassung der Widerspruchserklärung angesichts der Strafmöglichkeit bei bewußt wahrheitswidriger Abgabe von großer Bedeutung wird. Nach geltendem Recht (§ 702 ZPO) ist die Aufnahme eines Protokolls bei mündlicher Widerspruchserhebung in der Regel nicht er-

[29] Stein-Jonas § 694 II.

[30] Seuffert § 694 1 b.

[31] Förster-Kann § 694 1 c.

[32] Nach Stein-Jonas (§ 694 II) genügt jede Erklärung, die den Willen, sich nicht freiwillig der Vollstreckung zu unterwerfen, zum Ausdruck bringt (m. E. zu weitgehend!).

[33] Preußen (ähnlich Baden) GeschO § 29 1.

forderlich. Der Urkundsbeamte fertigt vielmehr einen kurzen Aktenvermerk über den Widerspruch;[34] nur dann, wenn er den Widerspruch für unstatthaft hält und die Partei gleichwohl bei ihm beharrt, ist er zur Aufnahme eines Protokolls verpflichtet.[35] Wird der Widerspruch durch einen Vertreter eingelegt, so bedarf er nicht des Nachweises einer ihm vom Schuldner erteilten Vollmacht (§ 703 ZPO). Anders nach dem E: angesichts der erhöhten Bedeutung der Widerspruchserklärung kann von dem Erfordernis des Vollmachtsnachweises nicht abgesehen werden.[36]

Der Widerspruch kann auf einen Teil des Anspruchs beschränkt werden (§ 807 I S. 3 E = § 694 I ZPO). Wird keine Beschränkung ausgesprochen, so richtet sich der Widerspruch gegen alle in den Zahlungsbefehl aufgenommenen (Haupt- und Neben-) Ansprüche. Bestimmungen über Verzicht und Rücknahme des Widerspruchs trifft das Gesetz nicht. Doch besteht im Schrifttum[37] Einigkeit über folgende Grundsätze, die auch für die Regelung im E Geltung beanspruchen dürfen:

Auf das Recht zur Erhebung des Widerspruchs kann vor Zustellung des Zahlungsbefehls nicht verzichtet werden.[38] Dieser Verzicht entspricht seinem Wesen nach dem Einspruchs- und dem Rechtsmittelverzicht nach §§ 346, 514 ZPO (§§ 355, 477 E). Daher kann der Schuldner nach Zustellung des Zahlungsbefehls rechtswirksam auf den Widerspruch verzichten. Liegt ein formgerechter Verzicht vor, so kann auf Antrag des Gläubigers auch schon vor Ablauf der Wider-

---

[34] In den Ländern, in denen noch Mahnregister geführt werden, erfolgt Eintragung in diese.

[35] Preußen GeschO § 29 1.

[36] E S. 474.

[37] Zum folgenden: Seuffert § 694 4, § 695 3; Förster-Kann § 695 2 und 3; Stein-Jonas § 694 II 2, § 696 I 2; Hellwig § 254 I 3; Rosenberg, Lehrbuch § 166 III 6 a.

[38] Verzicht möglicherweise als bürgerlichrechtlicher Schuldanerkenntnis (§ 781 BGB) zu werten, vgl. Stein-Jonas § 694 II a. E.

spruchsfrist der Vollstreckungsbefehl erlassen werden. Es steht m. E. nichts im Wege, unter den gleichen Voraussetzungen auch nach dem E eine vorzeitige Vollstreckbarerklärung des Zahlungsbefehls zuzulassen. Die Anerkennung der Schuld und Haftung im Schuldnerschutzverfahren enthält, wie dargestellt, noch keinen Verzicht auf die Erhebung des Widerspruchs. — Auch die Zurücknahme des Widerspruchs wird m. R., unter Hinweis auf die vom Gesetz zugelassene und geregelte Zurücknahme des Einspruchs, für wirksam erklärt.[39] Die Zurücknahme bewirkt, entsprechend § 346 ZPO (§ 355 E), daß der Widerspruch unwirksam wird und der Zahlungsbefehl wieder in Kraft tritt, sodaß er, wenn inzwischen die Widerspruchsfrist abgelaufen ist, für vollstreckbar zu erklären ist.[40] Verzicht wie Zurücknahme des Widerspruchs haben durch Einreichung eines Schriftsatzes oder mündlich zu Protokoll der Geschäftsstelle zu erfolgen.

Ist der Widerspruch nicht fristgerecht (oder auch — wie der E erweitend klarstellt —: nicht formgerecht) erhoben, so bedarf es nicht seiner Zurückweisung. Andernfalls würden, wie schon die Mot.[41] ausführen, „nicht nur Schreibereien, sondern auch unnötige Kosten verursacht werden"; unnötig, weil der Schuldner ohnehin durch die Zustellung des Vollstreckungsbefehls die Verspätung erfährt. Zwar findet nach dem E eine Zustellung des vollstreckbarerklärten Zahlungsbefehls nicht mehr statt (§ 814 I S. 2). Dennoch ist diese Bestimmung im Interesse der Arbeits- und Kostenentlastung beibehalten worden. Von dem rechtzeitig erhobenen Widerspruch hat das Gericht den Gläubiger in Kenntnis zu setzen (§ 808 I S. 2 E = § 694 II ZPO). Diese Mitteilung geschieht formlos, Zustellung ist nicht vorgeschrieben. Eine Abschrift

[39] Ablehnend — ohne Begründung — Siméon-David Bd. II S. 495 Anm. 3.

[40] Durch den Widerspruch etwa entstandene Kosten trägt nach § 699 I S. 3 ZPO der Schuldner; der Kostenanspruch bleibt nicht etwa anhängig (a. A. Kleinfeller S. 529).

[41] S. 384.

der Widerspruchserklärung wird nicht mitgeteilt; das Datum ist aber im Hinblick auf § 211 II BGB von Bedeutung. Nach geltender Rechtsübung wird die Mitteilung in geeigneten Fällen mit der Ladung zum Termin oder mit der Zustellung des Verweisungsbeschlusses verbunden.[42] Nach dem E wird die Benachrichtigung von der Erhebung des Widerspruchs zweckmäßigerweise mit der gerichtlichen Aufforderung zur Einreichung eines Ergänzungsschriftsatzes nach § 808 I S. 2 zu verbinden sein. Die Bestimmung, daß dem Schuldner auf Verlangen eine Bescheinigung über die rechtzeitige Erhebung des Widerspruchs zu erteilen sei (§ 694 II Hlbs. 2 ZPO), hat der E nicht übernommen. Dabei ist u. U. schon im Interesse der Klärung ein Bedürfnis für eine derartige Beweisurkunde zu Gunsten des Schuldners anzuerkennen.[43] Die Einfügung einer entsprechenden Vorschrift in den E ist daher m. E. zu empfehlen. Die erwähnte Bescheinigung ist nach geltender Rechtsübung vom Urkundsbeamten der Geschäftsstelle zu erteilen.[44] Gegen ihre Versagung steht dem Schuldner die Anrufung des Gerichts offen. Ein weiterer Rechtsbehelf ist ihm nicht gegeben.

Nach österreichischem Recht ist der Widerspruch der einzige Rechtsbehelf des Schuldners gegen den Zahlungsbefehl, mag es sich um materielle oder prozessuale, um vor oder nach Zustellung des Zahlungsbefehls entstandene, um begründete oder nicht begründete, schlüssige oder nicht schlüssige Einwendungen handeln. Die Rechtslage ist also praktisch die gleiche wie nach geltendem deutschen Recht. Dem Schuldner wird sie indessen mit größerer Klarheit als im deutschen Recht durch die Fassung des Zahlungsbefehlstextes — „daß der Zahlungsbefehl nur durch Erhebung des Widerspruchs außer Kraft gesetzt werden könne" (§ 6 Ziff. 4 GesMV) — zur Erkenntnis gebracht. Zur Erhebung des Widerspruchs

[42] Vgl. die eingehende Regelung für Preußen (GeschO § 29 6).
[43] Mot. S. 394.
[44] Stein-Jonas § 694 III a. E.

genügt die Erklärung des Schuldners, daß er Widerspruch erhebe (§ 8 I S. 1). Der Angabe von Gründen bedarf es, wie § 8 I S. 2 klarstellt, nicht. Erhebt ein Dritter im Namen des Schuldners Widerspruch,[45] so braucht er sich nicht mit einer Vollmacht auszuweisen (§ 17 IV).[46] Die Widerspruchserklärung kann nicht nur bei dem Gericht abgegeben werden, das den Zahlungsbefehl erlassen hat, sondern — wie der später eingefügte § 8 II bestimmt — auch beim Bezirksgericht des schuldnerischen Aufenthaltsorts. Die Erklärung kann mündlich oder schriftlich erfolgen. Im Falle mündlicher Anbringung ist nunmehr (seit 1920)[47] allgemein die Aufnahme eines Protokolls vorgeschrieben. Ist der Widerspruch beim Bezirksgericht des schuldnerischen Aufenthaltsorts zu Protokoll erklärt, so ist dieses unverzüglich dem Gerichte, das den Zahlungsbefehl erlassen hat, zu übersenden (§ 8 II S. 2). Der Zurücknahme des Widerspruchs wird im österreichischen Schrifttum rechtliche Wirkung nicht zuerkannt.[48] Begründet wird diese Stellungnahme damit, daß der durch den Widerspruch außer Kraft gesetzte Zahlungsbefehl auch durch Rücknahme des Widerspruchs nicht wieder aufleben könne:[49] eine petitio principii. Tatsächlich sprechen praktische Gesichtspunkte dafür, mit der Zurücknahme des Widerspruchs den Zahlungsbefehl wieder aufleben zu lassen. Nach der österreichischen Rechtsübung ist der Gläubiger in diesem Falle auf ein neues Mahngesuch oder den Weg der Klage angewiesen.

Ist der Widerspruch rechtzeitig erhoben, so sind Gläubiger und Schuldner davon zu verständigen (§ 10 I). Ist der Widerspruch verspätet erhoben, so ist er — anders als im deutschen Recht — unter Hinweis auf die verstrichene Frist zurückzu-

---

[45] Widerspruch eines Dritten hält für unzulässig Pollak, System S. 761 Anm. 24.

[46] Aber er muß sie besitzen (a. A. Sperl S. 556).

[47] Aufhebung des Mahnregisters, s. oben S. 61.

[48] Neumann, Komm. S. 358 zu § 9 I.

[49] Sogar dann nicht, wenn der Zahlungsbefehl auf Grund einer Mahnklage erlassen wurde (Neumann a. a. O. a. E.).

weisen (§ 10 II). Gegen den Bescheid, durch welchen der Widerspruch zurückgewiesen wird, ist Rekurs zulässig (§ 12). Die Frist zur Erhebung des Rekurses beträgt 8 Tage.[50] Eine Verständigung des Gläubigers erfolgt bei Zurückweisung des Widerspruchs nicht (§ 10 II Hlbs. 2).

Nach schweizerischem Recht sind die Rechtsbehelfe des Schuldners gegen den Zahlungsbefehl — ähnlich wie im deutschen E — je nach Art der geltendzumachenden Einwendungen verschieden: Rechtsvorschlag oder Beschwerde.

Rechtsvorschlag kann der Schuldner nur erheben, wenn er (wie in den gesetzlichen Zahlungsbefehlstext als Mitteilung an den Schuldner aufgenommen) die Forderung oder einen Teil derselben oder das Recht, sie auf dem Betreibungswege geltend zu machen, bestreiten will (Art. 69 II Ziff. 3 SchKG). Auch andere — materielle — Einwendungen, die Umfang und Inhalt der Forderung betreffen, sind teils kraft gesetzlicher Vorschrift, teils auf Grund gerichtlicher Übung durch Rechtsvorschlag geltend zu machen.[51] Hierher gehören die Einwendungen, die Forderung sei noch nicht fällig oder sie sei gestundet oder sei verjährt.

Dagegen sind die Einwendungen, die das eingeschlagene Verfahren betreffen, nicht durch Rechtsvorschlag, sondern durch Beschwerde geltend zu machen. Zu diesen zählen vor allem die Einwendungen[51] unrichtiger Betreibungsart, der Betreibung am unrichtigen Ort, der ungesetzlichen Zustellung des Zahlungsbefehls u. a. Die gesetzliche Grundlage des Beschwerderechts ist Art. 17 der Allgemeinen Bestimmungen des SchKG, wonach gegen jede Verfügung des Betreibungsamts, sofern nicht der Klageweg vorgeschrieben ist, bei Gesetzesverletzung oder dann, „wenn sie den Verhältnissen nicht angemessen erscheint", Beschwerde erhoben werden kann.

[50] Wegen der Förmlichkeiten des Rekursverfahrens s. oben S. 72.

[51] Jäger I Art. 69 Anm. 12.

Für die Erhebung des Rechtsvorschlags und für die Erhebung der Beschwerde gilt die gleiche Frist von zehn Tagen seit Zustellung[52] des Zahlungsbefehls. Während aber Rechtsvorschlag dem Betreibungsamt, also der Stelle, die den Zahlungsbefehl erlassen hat, zu erklären ist (Art. 74),[53] ist Beschwerde bei der Beschwerdeinstanz, also der Aufsichtsbehörde, einzulegen. Der Beschwerdeentscheid einer unteren Aufsichtsbehörde kann binnen 10 Tagen nach Mitteilung an die kantonale Aufsichtsbehörde und — bei Gesetzeswidrigkeit der Entscheidung — innerhalb der gleichen Frist an das Bundesgericht weitergezogen werden (Art. 18, 19). Die nähere Ausgestaltung des Beschwerdeverfahrens vor den kantonalen Behörden ist Kantonalangelegenheit. Das gilt auch von der Form der Beschwerde. Als Mindesterfordernis des Inhalts wird ein Antrag und eine summarische Begründung verlangt.[54] Bezüglich der Form des Rechtsvorschlags läßt Art. 74 mündliche (zu Protokoll) oder schriftliche Erklärung zu. Eine Begründung ist nicht erforderlich, aber zulässig, wie Art. 75 voraussetzt („Wer seinen Rechtsvorschlag begründet, verzichtet damit nicht auf weitere Einreden"). Notwendig ist nur, daß sich aus der Erklärung, wenn sie sich nicht einfach auf die Erhebung von Rechtsvorschlag beschränkt, der Wille, gegen die Forderung oder ihre Vollstreckung Einspruch zu erheben, ergibt.[55] Die Bestreitung des Betreibungsorts (Zuständigkeit) wird, auch wenn sie unter der Rubrik für den Rechtsvorschlag figuriert, nicht als Rechtsvorschlag (sondern als Beschwerde) angesehen[56] und entsprechend behandelt. Falsa demonstratio non nocet, die Rubrizierung der ab-

[52] „Kenntnis erhalten" (Art. 17 II) bedeutet Kenntnis in der gesetzlich vorgeschriebenen Zustellungsform (Jäger I Art. 17 Anm. 11).

[53] Zu Handen des Betreibungsamtes auch im Anschluß an die Zustellung des Zahlungsbefehls gegenüber dem Zustellungsorgan zulässig (Jäger I Art. 74 Anm. 7); eine sehr vernünftige Regelung!

[54] Das Bundesgericht soll in der Lage sein, festzustellen, ob ein vor ihm gestellter Antrag zulässig ist.

[55] BGE 25^1 22.

[56] BGE 34^1 24.

gegebenen Erklärung des Schuldners je nach ihrem Sachvorbringen unter den einschlägigen Rechtsbehelf ist Sache der Behörde. Die Entscheidung darüber, ob ein gültiger und rechtzeitiger Rechtsvorschlag vorliegt, trifft das Betreibungsamt und — auf Beschwerde — die Aufsichtsbehörde, nicht das Gericht.

Der Rechtsvorschlag kann auf einen Teil der Forderung beschränkt werden. Der Schuldner hat in diesem Fall den bestrittenen Betrag genau anzugeben. Sonst wird (wie Art. 74 II bestimmt) der Rechtsvorschlag als nicht erfolgt angesehen. Die Regelung ist also eine andere als im deutschen und österreichischen Recht, wo bei Widerspruch gegen einen nicht genau bestimmten Teil der Forderung der Widerspruch die ganze Forderung erfaßt. Eine Rücknahme des Rechtsvorschlags durch schriftliche Erklärung des Schuldners wird als zulässig angesehen.[57] Das Betreibungsamt hat dem Gläubiger im übrigen unmittelbar nach Erhebung des Rechtsvorschlags dessen Inhalt — und zwar auf der für ihn bestimmten Ausfertigung des Zahlungsbefehls — mitzuteilen. Das gilt auch dann, wenn das Betreibungsamt den Rechtsvorschlag nicht als gültig anerkennt. Doch ist es zulässig und geboten, in diesem Fall den Gläubiger zugleich von der rechtlichen Beurteilung in Kenntnis zu setzen.[58] Wie im geltenden deutschen Recht kann der Schuldner eine (gebührenfreie) Bescheinigung über die Erklärung des Rechtsvorschlags verlangen (Art. 74 III).

Die kantonalen Rechtsbotverfahren kennen als Rechtsbehelf gegen das Rechtsbot (Amtsbot) nur den Rechtsvorschlag.[59] St. Gallen schließt die Beschwerdeführung ausdrücklich aus (Art. 279 S. 2). Der Rechtsvorschlag ist an die Instanz, die das Rechtsbot erlassen hat (St. Gallen Art. 279, Appenzell A.-Rh. Art. 3) oder an die nächste Verfahrens-

[57] Jäger I Art. 79 Anm. 3.

[58] Jäger I Art. 76 Anm. 5.

[59] Appenzell I.-Rh. bei Grundstreitigkeiten: Anbegehren des Augenscheins (Art. 24).

instanz (Vermittleramt; Appenzell I.-Rh. Art. 26 b) zu richten. Der Rechtsvorschlag wird zu Protokoll genommen und dem Rechtsbotwerber binnen fünf (Appenzell A.-Rh. Art. 3 S. 2) bzw. zehn (Appenzell I.-Rh.) Tagen mitgeteilt. Begründung des Rechtsvorschlags ist nicht erforderlich.

2. Die Überleitung des Mahnverfahrens in das ordentliche Verfahren.

Die Wirkung rechtzeitigen Widerspruchs[60] ist nach dem E die gleiche wie nach geltendem Recht: der Zahlungsbefehl verliert seine Kraft, er kann nicht für vollstreckbar erklärt werden. Da im E der Zahlungsbefehl die Vollstreckung einleitet, bestimmt § 808 I S. 1 die Wirkung rechtzeitiger Widerspruchserhebung auf das Vollstreckungsverfahren dahin, „daß bei Erhebung frist- und formgerechten Widerspruchs das Vollstreckungsverfahren endigt, ohne daß es einer Einstellung des Verfahrens bedarf". Im geltenden Recht war bis zur Nov. von 1924 in § 695 I ZPO ausdrücklich ausgesprochen, daß durch die rechtzeitige Erhebung des Widerspruchs der Zahlungsbefehl „seine Kraft verliere". Dieser sich aus § 699 S. 1 ZPO ergebende Satz ist von der Nov. von 1924 in Verbindung mit der Beseitigung des 2. Satzes des § 695 als entbehrlich gestrichen worden. Während aber nach dem fortgefallenen § 695 I ZPO der Zahlungsbefehl in vollem Umfang entkräftet wurde, gleichgültig, ob der Widerspruch „gegen den Anspruch oder einen Teil desselben" erhoben war, wird im Schrifttum nunmehr mangels entgegenstehender positiver Vorschrift angenommen,[61] daß in diesem Fall der Zahlungsbefehl nur in Ansehung des bestrittenen Teiles der Forderung seine Kraft verliere, in Ansehung des restlichen Teils als Vollstreckungsbefehl erlassen werden kann. Die Zweckmäßigkeit der früheren Regelung ist übrigens höchst zweifel-

[60] Über die Wirkung der anderen zulässigen Rechtsbehelfe s. oben S. 105 ff.

[61] Stein-Jonas § 696 I 1, Baumbach § 696 2, Rosenberg, Lehrbuch § 166 III 6 c.

haft gewesen; ihre Abänderung entspricht einem praktischen Bedürfnis. Aus diesem Gesichtspunkt ist die Frage der Wirkung eines gegen einen Anspruchsteil erhobenen Widerspruchs auch für den E zu entscheiden: das Vollstreckungsverfahren endet (§ 808 I S. 1) — scil. soweit der Widerspruch reicht.

Ist bei einer Mehrheit von Schuldnern Widerspruch nur von einem oder einigen unter ihnen erhoben, so wirkt er nur zu Gunsten des bzw. der Erklärenden.[62] Das Verfahren gegen die mehreren Schuldner nimmt also verschiedenen Fortgang; anders nur im Falle der — im E in weiterem Umfange anerkannten — notwendigen Streitgenossenschaft (§ 65 E, § 62 ZPO). In Übereinstimmung mit dem geltenden Recht leitet der Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl das Mahnverfahren in das ordentliche Verfahren über. Während aber nach geltendem Recht die Fortsetzung des Verfahrens als ordentlichen (Güte- oder Streit-) Verfahrens von dem Antrag einer Partei auf Terminsanberaumung abhängig ist und mangels eines Antrags ein tatsächlicher Stillstand des Verfahrens eintritt,[63] sieht der E im Interesse der Beschleunigung des Verfahrens von einem besonderen Antrag auf Terminsanberaumung ab.[64] Obwohl der E eine Bestimmung darüber nicht trifft, wird man es dem Gläubiger freistellen können, sich — analog dem Antrag auf Durchführung der Vollstreckung (§ 801 I S. 2 E) — den Antrag auf Terminsanberaumung vorzubehalten. Liegt ein solcher Vorbehalt nicht vor und wünscht der Gläubiger, daß Termin nicht anberaumt werden soll, so muß er den (vom Gesetz fingierten) Antrag auf Terminsanberaumung zurücknehmen.[65] Nach geltendem Recht ist die

---

[62] Stein-Jonas § 696 I 1 a. E., Baumbach § 696 2.

[63] Die Unterbrechung der Verjährung endet in diesem Fall mit der letzten gerichtlichen Handlung: der Mitteilung des Widerspruchs (§ 694 II ZPO, § 211 II BGB).

[64] E S. 471; beachtlich bleiben aber gerade für den E die bei Stein-Jonas (§ 696 III 3 a) hervorgehobenen Bedenken.

[65] So E S. 466 zu § 801.

Bestimmung des ersten Termins im ordentlichen Verfahren von einem Antrag abhängig, den sowohl der Gläubiger wie der Schuldner stellen kann. Der Antrag kann schriftlich oder mündlich gestellt werden. Die Ausnahme vom Protokollierungszwang (§ 702 ZPO) wird auch hier zu gelten haben.[66] Von dem Gläubiger kann Antrag auf Bestimmung des Termins schon als bedingter Antrag in dem Antrag auf Erlassung des Zahlungsbefehls gestellt werden.[67] Der Schuldner kann den Antrag mit der Erhebung des Widerspruchs verbinden. Eine Frist für die Beantragung der Terminbestimmung setzt das Gesetz nicht.

Die Art der Überleitung des Mahnverfahrens in das ordentliche Verfahren ist während des Bestehens der geltenden ZPO verschiedenen Umgestaltungen unterworfen gewesen und findet auch im E eine von der geltenden abweichende, vereinfachte und beschleunigte Regelung. Von Bedeutung ist hier insbesondere der Fortfall des Güteverfahrens als besonderen, dem Streitverfahren vorgelagerten Verfahrens und die Möglichkeit, Sachen landgerichtlicher Zuständigkeit ohne den Umweg über das Amtsgericht an das Landgericht zu bringen. Da im Mahnverfahren nach dem E die Zuständigkeit vollstreckungsrechtlichen Gesichtspunkten folgt, für das nachfolgende Streitverfahren aber die allgemeinen prozeßrechtlichen Zuständigkeitsbestimmungen gelten, ergab sich für die Verfasser des E die Notwendigkeit, im Interesse reibungsloser Überleitung des Verfahrens eine Regelung über die Zuständigkeitssukzession zu treffen. Im geltenden Recht, wo im Mahnverfahren die allgemeinen prozeßrechtlichen Zuständigkeitsvorschriften gelten, taucht diese Frage nicht auf. Der E erklärt in erster Linie das vom Gläubiger benannte — nach der Sollvorschrift des § 802 II S. 2 ist diese Benennung schon im Antrag auf Erlassung des Zahlungsbefehls zu treffen — Amtsgericht für zuständig. Hat der Gläubiger ein

[66] Stein-Jonas § 696 II 3 a; a. A. Baumbach § 696 3.

[67] Zu beachten die Aufnahme dieses Antrags in die amtlichen Formulare (Preußen, Baden u. a.).

Streitgericht nicht angegeben, so wird in zweiter Linie das Amtsgericht, dem das Vollstreckungsgericht des Mahnverfahrens angehört, für zuständig erklärt. Dieses Amtsgericht „gilt" — § 802 II S. 4 — „als vom Gläubiger benannt". Diese Fiktion kann der Gläubiger noch durch Nachholung der Benennung eines Streitgerichts zerstören, solange das Vollstreckungsgericht die Akten dem Streitgericht nicht vorgelegt hat (§ 802 II S. 3). Damit ist jede Verzögerung durch unterlassene Benennung des Streitgerichts vermieden, andererseits den Interessen des Gläubigers durch Möglichkeit der Nachholung soweit als möglich Rechnung getragen.

Als maßgebender Zeitpunkt der „Vorlage" der Akten wird der Zeitpunkt der Vorlageverfügung des Richters bzw. Rechtspflegers anzusehen sein. Holt der Gläubiger nach diesem Zeitpunkt, aber vor Erledigung der Verfügung durch die Geschäftsstelle die Benennung nach, so hat er keinen Anspruch auf Berücksichtigung mehr; jedoch wird das Gericht die Berücksichtigung im Regelfall als sein nobile officium betrachten.[68] Eine sehr vernünftige Neuerung trifft der E mit der von Amts wegen an den Gläubiger zu erlassenden Aufforderung zur Einreichung des Ergänzungsschriftsatzes. Nach § 808 I S. 1 wird diese Aufforderung mit der Benachrichtigung des Gläubigers vom Widerspruch verbunden. Die Aufforderung an den Gläubiger geht dahin, dem Antrag auf Erlassung des Zahlungsbefehls die nach allgemeinen Vorschriften zur Begründung einer Klage erforderlichen Angaben (Tatsachen und Beweismittel), soweit sie in dem Antrag noch nicht vollständig enthalten waren, unverzüglich nachzureichen. Der Ergänzungsschriftsatz ist bei dem Streitgericht einzureichen, das demgemäß in der Aufforderung vom Vollstreckungsgericht anzugeben ist. Die Übersendung der Akten durch das Vollstreckungsgericht an das Streitgericht erfolgt ohne be-

[68] Die von Kisch (LeipzZ 1931 S. 360) befürchtete Verfahrensverzögerung durch Abgabe der Akten vom Vollstreckungs- an das Streitgericht halte ich nicht für bedenklich. Im allgemeinen werden zudem beide Gerichte identisch sein.

sonderen Antrag und ohne besonderen Beschluß im Anschluß an die Benachrichtigung des Gläubigers (§ 808 I S. 2 a. E.). Mit der Zustellung der Ladung zum Termin (und des nachgereichten Ergänzungsschriftsatzes) ist die für das Klageverfahren allgemein vorgeschriebene Aufforderung zur unverzüglichen etwaigen Abgabe einer Gegenerklärung (im Gegensatz zum geltenden Recht: stets durch Schriftsatz; § 213 II E, § 498 II ZPO) und — im Landgerichtsprozeß — zur Anwaltsbestellung zu verbinden.[69] Gehört die Sache im ordentlichen Verfahren zur Zuständigkeit des Landgerichts, so kommt eine Überleitung des Verfahrens an dieses entweder unmittelbar im Anschluß an das Mahnverfahren auf Grund der Benennung eines Landgerichts als Streitgericht durch den Gläubiger in Frage. Oder die Überleitung an das Landgericht findet im Laufe des vor dem Amtsgericht anhängigen Streitverfahrens auf Grund eines Verweisungsbeschlusses des Amtsgerichts statt. Voraussetzung des Verweisungsbeschlusses ist ein Antrag einer der beiden Parteien.

Der E stellt in § 808 II S. 1 für die Vereinbarung der Zuständigkeit des als Streitgericht in Anspruch genommenen Amtsgerichts eine gesetzliche Vermutung auf, die der Schuldner allerdings durch Bestreiten in der Verhandlung jederzeit widerlegen kann. Diese Bestimmung hat den Zweck, dem Gläubiger, der nur Versäumnisurteil gegen den Schuldner erstreiten will und erstreiten könnte, mangels Behauptung einer Zuständigkeitsvereinbarung in den — dem Streitwert nach — landgerichtlichen Sachen vor dem Amtsgericht aber nicht erwirken kann, vielmehr noch zur Klage (und Versäumnisurteil) vor dem Landgericht gezwungen wird, diesen Weg an das Landgericht für den Regelfall zu ersparen. Der Schuldner läuft auch dann keine Gefahr, wenn für die Vereinbarung der Zuständigkeit eine gesetzliche Vermutung aufgestellt wird. Denn er kann im Termin vor dem Amtsgericht die Zuständigkeit bestreiten. War die Zuständigkeitsbehauptung

[69] E S. 471 zu §§ 808, 809.

des Gläubigers falsch, so hat der Schuldner dann den Vorteil, daß sich der Erlaß des Urteils zu seinen Gunsten verzögert.[70]

Eine weitere begrüßenswerte Verbesserung bringt der E mit der Vorschrift (§ 808 II S. 2), daß die Zurücknahme des als Klageschrift geltenden Antrags auf Erlassung des Zahlungsbefehls auch vor dem Landgericht bis zum Eintritt in die Verhandlung zur Niederschrift der Geschäftsstelle erklärt werden kann.[71] Der Gläubiger ist in Zukunft also nicht mehr genötigt, bei Erledigung der Klage nach Abgabe an das Landgericht nur zwecks Zurücknahme der Klage einen Anwalt aufstellen zu müssen.

Nach geltendem Recht gestaltet sich die Überleitung des Mahnverfahrens in das ordentliche Verfahren verschieden, je nachdem ob zunächst das Güteverfahren[72] stattzufinden hat, oder ob sofortiger Übergang in das Streitverfahren, sei es vor dem Amtsgericht, sei es vor dem Landgericht, zulässig ist. Mit der Beendigung des eigentlichen Mahnverfahrens durch rechtzeitige Erhebung des Widerspruchs endigt auch die Funktion des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle gemäß Art. VI § 1 Nr. II 2 Entl. Ges. Für die Anberaumung des Termins und die Entscheidung darüber, ob vom Güteverfahren abzusehen ist, ist ausschließlich der Richter zuständig.[73] Ist rechtzeitig Widerspruch erhoben worden, so wird auf Antrag einer Partei Termin vor dem Amtsgericht, das den Zahlungsbefehl erlassen hat, anberaumt (§ 696 I ZPO).[74] Im Regelfalle ist dieser Termin zur Güteverhandlung zu bestimmen. Der sofortige Übergang zum Streitverfahren findet nach § 696

[70] E S. 472 zu §§ 808, 809.

[71] Auch ein im ersten Termin geschlossener Vergleich oder erklärtes Anerkenntnis ist im E zwecks Kostenersparnis vom Anwaltszwang befreit (§ 79 II).

[72] Das grundsätzlich obligatorische Güteverfahren ist durch die Nov. von 1924 eingeführt worden.

[73] Stein-Jonas § 696 VI.

[74] Der Antrag auf Terminsanberaumung kann schon in dem Antrag auf Erlassung des Zahlungsbefehls gestellt werden (§ 696 I S. 2 ZPO), s. oben S. 54.

II 2 nur statt, wenn der Gläubiger eine Bescheinigung über die Erfolglosigkeit eines vorangegangenen Güteverfahrens beigebracht oder dargelegt hat, daß es nach § 495 a ZPO eines Güteverfahrens nicht bedarf. Von Wichtigkeit ist hier insbesondere § 495 a Ziff. 6, wo das Absehen von einem vorgängigen Güteverfahren bei wichtigem Grund unter Berücksichtigung aller Verhältnisse in das Ermessen des Gerichts gestellt ist; eine Vorschrift, die bei sachgemäßer und häufigerer Anwendung das Verfahren wesentlich vereinfachen könnte. Die die Ausschaltung des Güteverfahrens rechtfertigenden Umstände sind gegebenenfalls glaubhaft zu machen (§ 696 II S. 2 ZPO). Der Wille des Gläubigers, eine Streitverhandlung herbeizuführen, muß aus seinem Antrag unzweifelhaft hervorgehen; der Schuldner kann, wie sich aus dem Gesetz ergibt, stets nur Termin zur Güteverhandlung beantragen.[75]

In den eben erwähnten Fällen, daß das Güteverfahren entweder bereits erfolglos versucht oder nicht nötig ist, wird also das Mahnverfahren unmittelbar in das Streitverfahren vor dem Amtsgericht übergeleitet. Ebenso findet eine unmittelbare Überleitung in das Streitverfahren statt, wenn der Anspruch zur Zuständigkeit der Landgerichte gehört (§ 696 II S. 3 ZPO). Das hat auch dann zu gelten,[76] wenn die Zuständigkeit des Amtsgerichts im gegebenen Falle vereinbart ist; anders allerdings wohl, wenn ausdrücklich Termin zur Güteverhandlung beantragt worden ist, da Sinn und Zweck der Vorschrift auf eine Befreiung, nicht aber ein Verbot des Güteverfahrens abzielen.[77] Bei der Überleitung in das Güteverfahren wird keine Gebühr fällig, da für Mahn- und Güteverfahren die gleichen Gebühren gelten; anders bei Überleitung in das Streitverfahren, wo nunmehr die zweite Hälfte der Prozeßgebühr gemäß § 31 II GKG zu leisten ist.[78] Die

[75] Baumbach § 696 4b, Stein-Jonas § 696 II 2a.

[76] Bis zur Nov. von 1909 war in diesem Fall Erhebung einer Klage nötig.

[77] Stein-Jonas § 696 II 2b.

[78] Baumbach § 696 4b, Stein-Jonas § 696 II 3a.

Ladung zum Termin erfolgt von Amts wegen.[79] Die Ladungsfrist beträgt in allen Fällen drei Tage.

Auf das weitere Verfahren finden, nach geltendem Recht wie nach dem E, die allgemeinen Vorschriften Anwendung. Die für das Mahnverfahren geltenden Beschränkungen bestehen nicht mehr. Es ist demnach zulässig, daß der Kläger seinen Antrag nunmehr auf eine nicht im Mahnverfahren verfolgbare Leistung richtet.[80] Ob ein neues Vorbringen des Klägers eine Klageänderung enthält, ist nach dem Inhalt des Zahlungsbefehls und (nach dem E) des Nachtragschriftsatzes zu beurteilen; wie § 809 I S. 1 E ausdrücklich ausspricht, vertritt der Antrag auf Erlassung des Zahlungsbefehls in Verbindung mit dem Nachtragsschriftsatz für das weitere Verfahren die Klageschrift.

Ist ein Anspruch erhoben, der zur Zuständigkeit der Landgerichte gehört, so besteht nach geltendem Recht die Schwierigkeit, daß bei Ausbleiben des Beklagten in der Verhandlung vor dem Amtsgericht eine Vereinbarung der Zuständigkeit nicht unterstellt werden darf, Versäumnisurteil also nicht ergehen kann. Im E wird hier mit der Vermutung einer Vereinbarung geholfen.[81] Im übrigen trifft das geltende Recht hinsichtlich der Verweisung des Rechtsstreits an das zuständige Landgericht Sondervorschriften (§ 697 ZPO), während im E solche fehlen und die Verweisungsbestimmung des Zweiten Buches (§ 259 E) zur Anwendung kommt. Gemeinsam ist beiden Regelungen, daß die Verweisung an das Landgericht durch Beschluß des Amtsgerichts nur auf Antrag erfolgt. Den Antrag kann gemäß § 259 E nur der Kläger, nach geltenden Recht (§ 697 I ZPO) Kläger oder Beklagter stellen. Will der Kläger Verweisungsantrag nicht stellen, so kann der Beklagte Urteil auf Abweisung der Klage wegen Unzuständigkeit erwirken. Eine Frist für die Stellung des Ver-

[79] Von einem Antrag abhängig (Ausnahme vom Amtsbetrieb!) ist nur die Bestimmung des ersten Termins.

[80] RG 90 S. 187.

[81] S. oben S. 130.

weisungsantrags ist im E (wie in § 276 ZPO) nicht gesetzt, während nach geltendem Recht der Antrag vor der Verhandlung zur Hauptsache zu stellen ist. Im Interesse der Verfahrensökonomie ist die Setzung einer Ausschlußfrist vorzuziehen. Im E kann der Gläubiger das Verfahren unmittelbar ohne den Umweg über das Amtsgericht durch Benennung des Landgerichts als Streitgericht an das Landgericht überleiten. Im geltenden Recht ist die vorgängige Angehung des Amtsgerichts vorgeschrieben; dafür kann der Antrag auf Verweisung an das Landgericht schon mit dem Antrag auf Erlassung des Zahlungsbefehls verbunden werden. Ebenso läßt § 697 II ZPO eine Verbindung des Verweisungsantrags seitens des Beklagten mit dem Widerspruch zu. Liegt ein schriftlicher Antrag vor, so kann die Entscheidung nach geltendem Recht ohne mündliche Verhandlung erfolgen.[82] Nach dem E (§ 259 I S. 3) ist das nur möglich, „solange die Klage nicht zugestellt ist", d. h. in dem auf das Mahnverfahren folgenden Streitverfahren m. E. niemals, da die Zustellung des Zahlungsbefehls insoweit als Zustellung der Klage gilt (vgl. auch § 809 I S. 2 E).

Im übrigen besteht Übereinstimmung zwischen E und geltendem Recht: Der Verweisungsbeschluß ist unanfechtbar (§ 259 II E, § 276 II ZPO); mit der Verkündung (bei Ergehen des Beschlusses ohne mündliche Verhandlung: mit der Zustellung — § 697 II S 2 ZPO —)[83] des Beschlusses gilt der Rechtsstreit als bei dem im Beschluß bezeichneten Landgericht anhängig. Der Beschluß ist für das Landgericht bindend. Gemäß § 259 III E = § 276 III (in Verbindung mit § 697 I) ZPO gelten die im Verfahren vor dem angegangenen Gericht erwachsenen Kosten als Teil der Kosten, die bei dem Landgericht erwachsen. Abweichend vom geltenden

[82] In diesem Fall bezieht sich die Bindung des Landgerichts nur auf die sachliche, nicht auch die örtliche Zuständigkeit (Rosenberg, Lehrbuch § 166 6 c β, Stein-Jonas § 697 Anm. 10).

[83] Maßgebend ist der Zeitpunkt der letzten Zustellung an eine der Parteien (Stein-Jonas § 697 II 3).

Recht sind nach dem E[84] dem Kläger die entstandenen Mehrkosten auch dann aufzuerlegen, wenn er in der Hauptsache obsiegt. Ein Grund für diese Änderung ist nicht ersichtlich. Ebenso wie nach dem E die Benennung des Landgerichts ist nach geltendem Recht der Verweisungsantrag in Verbindung mit dem Antrag auf Erlassung des Zahlungsbefehls zulässig; die Benennung des Streitgerichts ist zwar nach dem E Sollvorschrift, dieser Unterschied scheint mir aber die veränderte Kostenfolge noch nicht zu rechtfertigen.

Wird der Antrag auf Verweisung abgelehnt, so findet dagegen nach dem E wie auch nach geltendem Recht die einfache Beschwerde statt (§ 533 E = § 576 ZPO). Das Beschwerdegericht kann gegebenenfalls die Sache durch Beschluß an sich selbst verweisen.[85]

Während früher die Wirkungen der Rechtshängigkeit schon mit der Zustellung des Zahlungsbefehls eintraten (§ 693 II ZPO a. F.), hat die Nov. von 1924 durch Einschaltung des noch nicht streitigen Güteverfahrens vor das Streitverfahren auch bei dem ihm vorgehenden Mahnverfahren die bisherige Rechtshängigkeitswirkung beseitigt. Die Wirkungen der Rechtshängigkeit treten nach geltendem Recht nunmehr erst mit dem Übergang in das Streitverfahren (bzw. mit dem Erlaß des Vollstreckungsbefehls) ein. Wird nach Erhebung des Widerspruchs alsbald ein Termin zur Streitverhandlung anberaumt oder der Rechtsstreit im Anschluß an das Güteverfahren streitig verhandelt (§ 696 III ZPO), so wird die Wirkung der Rechtshängigkeit auf den Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls zurückbezogen. Da nach dem E das Güteverfahren als getrenntes Verfahren beseitigt wird und die Überleitung des Mahn- in das Streitverfahren ohne Antrag stattfindet, konnte ohne Einschränkung bestimmt werden, daß die Rechtshängigkeit bei dem (vom Gläubiger bezeichneten oder als von ihm bezeichnet anzusehen-

[84] § 276 III S. 2 ZPO ist in der Verweisung in § 697 I ZPO ausdrücklich nicht mitaufgeführt.

[85] Stein-Jonas § 697 II 2.

den) Streitgericht mit der Zustellung des Zahlungsbefehls als eingetreten gilt (§ 809 I S. 2 E). Akte, die den Eintritt der Rechtshängigkeit voraussetzen (z. B. Beitritt eines Nebenintervenienten),[86] sind aber erst mit dem Übergang in das Streitverfahren zulässig.

Eine selbständige Entscheidung über die Kosten des Mahnverfahrens findet im Falle der Überleitung in das Streit-(Güte-)Verfahren nicht statt, die Kosten gelten vielmehr als ein Teil der Kosten des entstehenden Rechtsstreites (§ 809 I S. 3 E = § 698 ZPO).[87] Die Kostenentscheidung hat nach dem E bei vorausgegangener Verweisung an das Landgericht mit der Maßgabe zu ergehen, daß der Kläger die durch die Verweisung entstandenen Mehrkosten zu tragen hat; anders nach geltendem Recht (§§ 697 I, 276 III ZPO). Beim Unterliegen des Klägers ist der Grund seiner Abweisung gleichgültig. Bei seinem Obsiegen können ihm die Kosten des Mahnverfahrens nicht deshalb auferlegt werden, weil dieses unzulässig war; doch kann die Erstattungsfähigkeit dieser Kosten nach § 92 E (§ 91 ZPO) verneint werden.[88]

In Übereinstimmung mit dem geltenden Recht (§ 696 IV ZPO) kann auch nach dem E (§ 809 II E) zur Herstellung des Urteils in abgekürzter Form der Zahlungsbefehl an Stelle der Klageschrift benutzt werden. Das kommt dann in Frage, wenn im Streitverfahren durch Versäumnis- oder Anerkenntnisurteil nach dem Antrag des Klägers erkannt wird.[89]

Nach österreichischem Recht findet — wie nach der deutschen ZPO vor der Nov. von 1909 bei zur Zuständigkeit des Landgerichts gehörenden Ansprüchen — eine Überlei-

[86] Stein-Jonas § 693 II 1.

[87] A. A. m. R. Skedl (S. 166) für den Fall, daß Widerspruch wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften (Unzulässigkeit des Mahnverfahrens u. ä.) erhoben war.

[88] Stein-Jonas § 696 I 3 b. Näheres s. unten S. 151, 191.

[89] Auf den amtlichen Zahlungsbefehlsvordrucken findet sich deshalb auf der Rückseite der Urschrift neben bzw. unter dem Vollstreckungsbefehlsvordruck der Vordruck für das Anerkenntnis- und Versäumnisurteil.

tung des Mahnverfahrens in das Streitverfahren grundsätzlich nicht statt. Mit der Erhebung des Widerspruchs ist das Verfahren beendigt, der Zahlungsbefehl ohne irgendeine Nachwirkung beseitigt.[90] Die Kosten der Erlassung des Zahlungsbefehls sind von dem Gläubiger zu tragen. Auf Antrag des Schuldners ist dem Gläubiger außerdem Ersatz der Kosten des Widerspruchs in dem vom Richter zu bestimmenden Betrage aufzuerlegen (§ 11 I GesMV). Wird später infolge des Widerspruchs Klage erhoben, so ist im Urteil über die Kosten des Mahnverfahrens als über einen Teil der Prozeßkosten zu erkennen (§ 11 II). Eine Überleitung des Mahnverfahrens in das Streitverfahren kennt das österreichische Recht nur in dem Fall, daß das Mahngesuch für den Widerspruchsfall mit einer Klage verbunden wird; eine solche Verbindung ist nur zulässig, wenn für Zahlungsbefehl und Klage dasselbe Gericht zuständig ist (§ 19 I). Seit der Erweiterung der im Mahnverfahren zugelassenen Gerichtsstände (Nov. von 1914) ist diese Einschränkung von schwindender Bedeutung.

Im Falle der Verbindung von Klage und Mahngesuch erläßt das Gericht zunächst den Zahlungsbefehl. Wird Widerspruch erhoben, so tritt zwar der Zahlungsbefehl außer Kraft, das Verfahren setzt sich aber als ordentliches bezirksgerichtliches Verfahren über die Klage fort. Das Gericht hat also die Tagsatzung zur Verhandlung über die Klage anzuordnen und hierzu beide Parteien vorzuladen (§ 19 III). Hält das Gericht die Erlassung eines Zahlungsbefehls für unstatthaft, so hat es unter Zurückweisung des Mahngesuchs sofort Tagsatzung über die Klage anzuordnen.

Dem deutschen Recht ist eine Verbindung von Klage und Mahngesuch nur während der Geltung der EntlVO von 1915 bis 1916 bekannt gewesen. Die verfahrensmäßige Behandlung war sehr ähnlich (vgl. § 14 III, IV EntlVO 1915).

---

[90] Sperl S. 556.

Die Verbindung von Mahngesuch und Klage, die sog. „Mahnklage", ist in Österreich sehr verbreitet.[91] Die im Geschäftsleben üblichen Vordrucke[92] enthalten denn auch die erforderlichen Klageangaben (Rechtsgrund, Tatbestand, Beweismittel) verbunden mit dem Antrag auf Erlassung eines Zahlungsbefehls und — im Falle des Widerspruchs — eines gleichlautenden Urteils. Der Schuldner wird zugleich durch entsprechenden Vermerk auf die Überleitung des Verfahrens in das Streitverfahren aufmerksam gemacht.

Im schweizerischen Recht (SchKG) endet das Zahlungsbefehlsverfahren seiner Struktur gemäß grundsätzlich mit dem Rechtsvorschlag des Schuldners. Art. 78 I SchKG, der insoweit ein Vorbild des § 808 I des deutschen E darstellt, bestimmt, daß der Rechtsvorschlag die Einstellung der Betreibung bewirkt. Die Einstellung erfolgt kraft Gesetzes ohne besondere Entscheidung. Das gilt auch dann, wenn der Gläubiger die Gültigkeit des Rechtsvorschlags auf dem Beschwerdewege anficht.[93] Hat der Schuldner aber im Rechtsvorschlag nur einen Teil der Forderung bestritten, so kann die Betreibung für den unbestrittenen Betrag fortgesetzt werden (§ 78 II). Im übrigen ist eine Fortsetzung der Betreibung auf zwei Wegen möglich.

Im allgemeinen hat der Gläubiger, gegen dessen Betreibung Rechtsvorschlag erhoben worden ist, zur Geltendmachung seines Anspruchs den ordentlichen Prozeßweg zu beschreiten. Ein solcher Prozeß kann auch schon gleichzeitig mit dem Zahlungsbefehl oder vor dessen Erlassung anhängig gemacht werden. Welches Gericht im Einzelfall zuständig ist, entscheidet sich nach kantonalem Prozeßrecht. Eine Fortsetzung der Betreibung ist dann erst auf Grund eines vollstreckbaren Urteils möglich. Für die Erhebung der Klage ist eine Frist nicht bestimmt.[94] Wird jedoch Klage nicht inner-

[91] Pollak, System S. 762, Baltz-Balzberg S. 36.
[92] Baltz-Balzberg S. 37 ff., Walther-Magyar S. 34 ff.
[93] Jäger I Art. 78 Anm. 2.
[94] Jäger I Art. 79 Anm. 3.

halb eines Jahres erhoben, so ist eine Fortsetzung der eingestellten Betreibung nicht möglich; der Gläubiger muß in diesem Falle eine neue Betreibung durch neuen Zahlungsbefehl einleiten (§ 88 II).

Der andere Weg, auf dem eine Fortsetzung der Betreibung erreicht werden kann, besteht in der gerichtlichen Aufhebung des Rechtsvorschlags, der sog. „Rechtsöffnung". In ihr sehen wir ein interessantes Rechtsinstitut des altschweizerischen Rechts vor uns. Das Gesetz unterscheidet definitive und provisorische Rechtsöffnung.[95] Definitive Rechtsöffnung kann verlangt werden, wenn die Forderung auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Urteil (gerichtlichen Vergleich oder gerichtlicher Schuldanerkennung) beruht (Art. 80 SchKG). Der Schuldner kann nur bestimmte Einwendungen dagegen erheben,[96] je nachdem ob es sich um ein Urteil des schweizerischen Bundesgerichts, eines eigen- oder fremdkantonalen oder eines ausländischen Gerichts handelt (Art. 81). Das Verfahren der definitiven Rechtsöffnung beruht auf dem Grundsatz des schweizerischen Rechts, daß jede, auch die Urteils-Vollstreckung durch Zahlungsbefehl einzuleiten ist. Provisorische Rechtsöffnung kann der Gläubiger verlangen, wenn die Forderung auf einer durch öffentliche Urkunde[97] festgestellten oder durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung[98] beruht (Art. 82 II). Der Richter spricht die provisorische Rechtsöffnung aus, wenn nicht der Schuldner Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften, sofort glaubhaft macht.[99] Während die definitive Rechtsöffnung den Rechtsvorschlag vollständig aufhebt, beseitigt die provisorische Rechtsöffnung den Rechtsvorschlag nur bedingt.

[95] Näheres bei Jäger I Art. 80 ff.

[96] Vor allem: urkundlich belegte Zahlung oder Stundung nach Urteilserlassung (Art. 81 I a.E.).

[97] Auch ausländische, u. U. nach Legalisation (vgl. Vertrag zwischen der Schweiz und Deutschland vom 14. 2. 1907).

[98] Reiche Judikatur bei Jäger I Art. 84 Anm. 4.

[99] Art. 82 II; keine Beschränkung auf bestimmte Beweismittel.

Der Schuldner kann binnen 10 Tage seit Rechtsöffnung auf dem Wege des ordentlichen Prozesses beim Gericht des Betreibungsortes auf Aberkennung der Forderung klagen (Art. 82 II). Immerhin berechtigt schon die provisorische Rechtsöffnung den Gläubiger nach Ablauf der Zahlungsfrist dazu, Pfändung[100] zu verlangen (bzw. Aufnahme eines Güterverzeichnisses zu beantragen). Erhebt der Schuldner binnen der zehntägigen Frist keine Klage oder wird die Klage abgewiesen, so wird die Rechtsöffnung — und gegebenenfalls die Pfändung — eine definitive (Art. 82 III). Welches Gericht im Rechtsöffnungsverfahren zuständig ist, entscheidet das kantonale Prozeßrecht. Das Verfahren richtet sich in seiner näheren Ausgestaltung (Beweise, Entscheidung, Rechtsmittel) nach den einzelnen kantonalen Prozeßordnungen.[101] Allgemein ist es ein summarisches Verfahren. Bundesrechtlich (Art. 84 SchKG) ist nur bestimmt, daß der Richter seine Entscheidung nach Einvernahme der Parteien binnen fünf Tagen seit Anbringung des Rechtsöffnungsbegehrens zu treffen hat.

In den kantonalen Rechtsbotverfahren (Appenzell I.-Rh. Art. 28—33 und A.-Rh. Art. 56 bis 70)[102] findet im Gegensatz zum bundesrechtlichen Zahlungsbefehlsverfahren ähnlich wie im deutschen und österreichischen Recht eine Überleitung des Verfahrens nach erhobenem Rechtsvorschlag in das nachfolgende Güte- und Streitverfahren statt. Der Rechtsvorschlag gegen das Rechtsbot ist zugleich als Begehren um Vermittlung (sog. Vermittlungsvorstand) aufzufassen.[103] Der Vermittler läßt die Parteien sofort bzw. auf Antrag des Klägers laden. Kommt Vermittlung (Vergleich) im Güteverfahren nicht zustande, so stellt der Vermittler den Leitschein

[100] Sog. provisorische Pfändung; d. h. Pfändung, aber keine Verwerwertung (vgl. Arrestpfändung des deutschen Rechts).

[101] Näheres Jäger I Art. 84 Anm. 1.

[102] In St. Gallen ist das Verfahren mit dem Rechtsvorschlag endgültig abgeschlossen.

[103] Fritzsche S. 52.

an das Gericht aus. Binnen bestimmter Frist (10 bzw. 14 Tage) hat sodann die Einreichung des Leitscheins bei Gericht zu erfolgen: damit wird der Prozeß anhängig.

VIII. Das Verfahren bei unwidersprochen gebliebenem Zahlungsbefehl.

Es ist nunmehr der Fall zu betrachten, daß der Zahlungsbefehl unwidersprochen bleibt. Hier ergibt sich die durchgreifendste und zugleich bedenklichste Neuerung des E gegenüber dem geltenden Recht: der Verzicht auf eine besondere, anfechtungs- und rechtskraftfähige Entscheidung (Vollstreckungsbefehl). Während weiterhin nach geltendem Recht die Vollstreckbarerklärung des Zahlungsbefehls von einem Antrag des Gläubigers, die Vollstreckung von vorheriger Zustellung des Vollstreckungsbefehls abhängt, läßt der E im Interesse einer Beschleunigung und Vereinfachung des Verfahrens den Zahlungsbefehl nach Ablauf der Widerspruchsfrist ipso jure vollstreckbar werden. Gemäß § 807 III S. 1 E wird der Eintritt der Vollstreckbarkeit vom Vollstreckungsgericht (Rechtspfleger) auf dem Zahlungsbefehl lediglich vermerkt: konstitutive Bedeutung kommt der Vollstreckbarerklärung nicht zu.

Nur dann, wenn sich der Gläubiger bei Stellung des Antrags auf Erlassung des Zahlungsbefehls oder — was erweiternd als zulässig anzusehen sein wird — bis zum Ablauf der Widerspruchsfrist sich einen besonderen Antrag auf Durchführung der Vollstreckung vorbehalten hat, ist dieser Antrag abzuwarten.[1] Ist die Vollstreckung auf Grund fingierten oder gestellten Antrags nunmehr durchzuführen, so veranlaßt das Vollstreckungsgericht auf Grund der neuen, durch den E getroffenen Gestaltung des Vollstreckungsrechts alsbald die in Betracht kommenden Vollstreckungsakte (§§ 770 ff. E). Kommt zunächst nach Lage der Sache nur die Fahrnisvollstreckung in Frage, so übergibt das Voll-

[1] E S. 470.

streckungsgericht den vollstreckbaren Zahlungsbefehl dem Gerichtsvollzieher kurzhändig zur Pfändung (§ 770 II). In Berücksichtigung der Erfahrung, daß viele Schuldner erst kurz vor Ablauf der Widerspruchsfrist zahlen, weisen die Verfasser des E die Gerichte darauf hin, vor Durchführung der Vollstreckung eine angemessene Frist (in der Regel wohl einen Posteingang) wegen der Möglichkeit des nachträglichen Eingangs einer Zahlungsnachricht verstreichen zu lassen.[2] Immerhin dürfte sich — wie schon oben ausgeführt — empfehlen, den Schuldner schon im Zahlungsbefehl darauf hinzuweisen, zur Vermeidung der Vollstreckung bei etwaiger Zahlung dem Vollstreckungsgericht Nachricht zu geben. Einer erneuten Zustellung des Zahlungsbefehls bedarf es zur Durchführung der Vollstreckung nicht (§ 814 I S. 2 E). Gegenüber dem Fortfall der im geltenden Recht durch eine besondere, antragsbedingte, anfechtungsfähige Entscheidung dem Schuldner gewährten Sicherung hat der E unter Berücksichtigung der regelmäßigen Interessenlage einen Ausgleich in dem Fortfall rechtkraftfähiger Feststellung des Anspruchs geschaffen: der Schuldner kann auch nach Vollstreckbarwerden des Zahlungsbefehls jederzeit auf Herausgabe der Bereicherung oder Schadensersatz klagen, wenn er das Nichtbestehen des Anspruchs beweist (§ 845 I E). Die durch den E geschaffene Beschleunigung des Mahnverfahrens ist also für den Gläubiger u. U. von zweifelhaftem Wert, wenn er nach Jahr und Tag vom Schuldner auf Rückerstattung verklagt wird. Gerade bei faulen Schuldnern ist es eine nicht seltene Erscheinung,[3] daß sie Zahlungs- und Vollstreckungsbefehl über sich ergehen lassen und sich erst rühren, wenn die Vollstreckung begonnen hat. Nach geltendem Recht kommen sie meist zu spät, weil der Vollstreckungsbefehl mit Ablauf der Einspruchsfrist die Rechtskraft beschritten hat.

[2] Bedenken wegen der Regelung des E bei Rosenberg DJZ 1932 S. 45 ff., Kisch LeipzZ 1931 S. 1360; andererseits Kupfer ZfRpfl in Bayern 1932 S. 60.

[3] Rosenberg DJZ 1932 S. 46.

Nach dem E können sie nun bei Nachweis, daß die Forderung nicht bestanden habe, allerdings ein Urteil auf Schadensersatz erwirken. Gelingt ihnen der Nachweis nicht, so werden sie — im Ergebnis wie nach geltendem Recht — mit der Klage abgewiesen. — Rührt sich der faule Schuldner aber, wie es die Regel ist, da er die Rechtsmöglichkeiten nur zu gut kennt, nach Erlassung, aber vor Rechtskraft des Vollstreckungsbefehls, so zwingt er nach geltendem Recht den Gläubiger in die Rolle des beweispflichtigen Klägers, nach dem E liegt ihm die Klage- und Beweislast ob. Für den Regelfall ist also die Rechtsstellung des Gläubigers durch den E nicht verschlechtert, sondern verbessert.

Die Verfasser des E begründen denn auch den Fortfall des Vollstreckungsbefehls damit, daß dem Gläubiger, dessen Forderung nicht freiwillig erfüllt werde, im allgemeinen nur an seiner Befriedigung, nicht aber an einer rechtskräftigen Feststellung seiner Forderung gelegen sei; denn der Schuldner habe sich ja dadurch, daß er binnen der Frist dem Zahlungsbefehl nicht widersprochen habe, der Vollstreckung stillschweigend unterworfen.[4] Dazu, schon dem vollstreckbar gewordenen Zahlungsbefehl Rechtskraft zuzusprechen, wie es im österreichischen Recht (Standpunkt von Praxis und Schrifttum) geschehen ist, haben sich die Verfasser des E nicht entschließen können. Bei dem erheblich größeren Anwendungsgebiet des Mahnverfahrens im deutschen Recht stehen dem auch starke Bedenken entgegen.

Die in der Kritik des E gegen den Fortfall einer rechtskräftigen Anspruchsfeststellung geäußerten Bedenken sind vorwiegend theoretischer Natur. Es ist den Verfassern des E zuzugeben, daß eine Gefährdung der Interessen des Gläubigers durch Zulassung der Klage aus § 845 E für den Regelfall nicht zu befürchten ist. Die in den oben erwähnten Ausnahmefällen mögliche Schlechterstellung des Gläubigers wird durch die infolge Fortfalls des Vollstreckungsbefehls eintre-

[4] E S. 464—465.

tende allgemeine Beschleunigung und Erleichterung des Verfahrens mehr als wettgemacht. Diese Erwägung ist für die Verfasser des E leitend und entscheidend gewesen.

Mit der der Vollstreckungsgegenklage des geltenden Rechts[5] entsprechenden, aber in ihrem Umfang weit über diese hinausgehenden Klage aus § 845 E[6] kann nicht nur geltend gemacht werden,[7] daß Anspruch oder Leistungspflicht nicht mehr bestehe, sondern auch, daß diese nicht oder nicht so bestanden habe, wie es der Schuldtitel annahm. Der Bestand des Zahlungsbefehls kann demnach auch nach Ablauf der Widerspruchsfrist mit dieser Klage angegriffen werden.[8] Läuft die Widerspruchsfrist noch, so ist die Klage mangels Rechtschutzbedürfnisses unzulässig;[8] anders, wenn die Widerspruchsfrist abgelaufen, aber noch die Wiedereinsetzungsfrist im Lauf ist; der Erfolg des außerordentlichen Rechtsbehelfs der Wiedereinsetzung gegen Versäumung der Widerspruchsfrist ist — anders als der Erfolg der Klage aus § 845 — in das freie Ermessen des Gerichts gestellt.

Für die Einwandsklage des § 845 gilt bezüglich der Einwendungen des Schuldners wie in § 767 III ZPO die Eventualmaxime: der Schuldner muß also alle Einwendungen, die er z. Z. der Klage vorzubringen vermag, in der Klageschrift vorbringen. Für den Nichtbestand des Anspruchs oder der Leistungspflicht trifft ihn die Beweislast. Inwieweit aus der Unterlassung des Widerspruchs gegen den Zahlungsbefehl Schlüsse auf eine Anerkennung des Anspruchs gezogen werden können,[9] ist Sache des Einzelfalls. Ist die Vollstreckung noch nicht durchgeführt oder beendet, so wird der Klage-

[5] Diese ist „ein eigentümlicher, auf Abwehr der Vollstreckung gerichteter und mit Form der Klage ausgestatteter Prozeßbehelf" (Rud. Schultz S. 420).

[6] Die Bezeichnung „Einwandsklage" dürfte zutreffen.

[7] Daneben ist die Klage gemäß § 845 III bei Einwendungen gegen Rechtsvoraussetzungen der Vollstreckung gegeben.

[8] E S. 503 zu § 845.

[9] Zu weitgehend E S. 503: Erfolg der Klage wohl nur „bei Geltendmachung ganz besonderer Umstände".

antrag regelmäßig auf Unzulässigerklärung der Vollstreckung gehen. Ist die Vollstreckung beendet, so wird stets die Herausgabe des durch die Vollstreckung Erlangten nach Bereicherungsgrundsätzen, u. U. also mit der strengen Haftung des Bereicherten nach § 819 BGB verlangt werden können.[10] Schadensersatz[11] wird der Schuldner dagegen nur beim Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 823 ff. BGB, also nur bei Verschulden des Gläubigers, verlangen können.[12]

Für die Einwandsklage des § 845 E ist dasjenige sachlich zuständige Streitgericht ausschließlich zuständig, dem das Vollstreckungsgericht angehört (§ 845 II S. 1). Je nach Streitwert ist also das Amts- oder Landgericht zur Entscheidung berufen. Eine Ausschlußfrist für die Geltendmachung der Einwandsklage setzt der E nicht fest. Er weicht damit von allen ausländischen Rechtsordnungen, die diese Klage kennen (Schweiz, Italien u. a.), ab. Denn diese lassen derartige Klagen nur binnen einer kurzen Ausschlußfrist von einem Jahr bzw. sechs Monaten zu. Den Hauptbedenken, die in der Kritik des E von Wissenschaft und Praxis gegen die Zulassung der Einwandsklage geltend gemacht worden sind,[13] würde durch Einführung einer kurzen, höchstens einjährigen, Ausschlußfrist der Boden entzogen. Nach der Ausgestaltung der Einwandsklage im E ist die Klage aus § 845 wegen ungerechtfertigter Bereicherung bis zum Ablauf der 30jährigen, auf Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung bis zum Ablauf der dreijährigen Verjährungs- (hilfsweise zehnjährigen Ausschluß-) Frist gegeben.

Neben dem außerordentlichen Rechtsbehelf der Einwandsklage gewährt der E dem Schuldner binnen bestimmter Frist

---

[10] So die Rückforderungsklage im früheren württembergischen Recht (Mot. S. 376, Skedl S. 125 Anm. 68).

[11] E S. 503 spricht von „nachträglicher Gutmachung der Vollstreckung".

[12] Eine vorläufige Einstellung der Vollstreckung kann der Schuldner nur erreichen, wenn er glaubhaft macht, daß mit der Aufhebung des Zahlungsbefehls zu rechnen sei (§ 871 II E).

[13] Beachtlich auch Schultze DJZ 1932 S. 647.

noch eine andere einfachere Möglichkeit, nach Ablauf der Widerspruchsfrist den Zahlungsbefehl anzufechten. Durch § 810 E wird dem Schuldner die Möglichkeit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Widerspruchsfrist gewährt. Bisher gab es eine Wiedereinsetzung nur gegen die Versäumung der Einspruchsfrist gegen den Vollstreckungsbefehl. Abgesehen von dem Fortfall einer rechtskraftfähigen Entscheidung steht aber der vollstreckbar gewordene Zahlungsbefehl nach dem E dem Vollstreckungsbefehl des geltenden Rechts gleich. Dogmatisch ist die Übernahme des Rechtsinstituts der Wiedereinsetzung daher gerechtfertigt. Praktisch sprechen aber auch gewichtige Gründe dafür, dem Schuldner neben dem schweren und teueren Angriffsmittel der Klage aus § 845 einen einfacheren und weniger kostspieligen Weg zur Beseitigung der eingetretenen Vollstreckbarkeit nach dem Ablauf der Widerspruchsfrist zu eröffnen.[14] Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann gemäß § 810 E nur binnen zwei Wochen nach Ablauf der Widerspruchsfrist beantragt werden. Hat der Schuldner jedoch von der Zustellung des Zahlungsbefehls erst nach Ablauf der Widerspruchsfrist Kenntnis erhalten, so läuft die zweiwöchige Frist erst vom Tage der Kenntniserlangung an. Da eine Ausschlußfrist für diesen Fall nicht festgesetzt ist, kann die Wiedereinsetzung bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen zeitlich unbegrenzt beantragt werden. Wie nach geltendem Recht ist mit dem Antrag auf Wiedereinsetzung die versäumte Prozeßhandlung, hier also ein formgerechter Widerspruch, nachzuholen. Über das geltende Recht hinausgehend verlangt aber der E Glaubhaftmachung nicht nur des Unverschuldetseins der Versäumnis (weitergehend als § 233 ZPO), sondern auch — ein Novum, das uns bisher nur aus den notverordneten Armenrechtsnovellen bekannt war — der Wahrscheinlichkeit eines günstigen Prozeßausgangs. Durch die letztere Einschränkung ist dem Ermessen

[14] E S. 472.

des Gerichts, das schon an sich für die Bewilligung der Wiedereinsetzung maßgebend ist (das Vollstreckungsgericht „kann erteilen"; § 810 I E) ein bedenklich weiter Spielraum gelassen. Gemäß § 1023 Ziff. 10 E ist die Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag dem Richter vorbehalten. Über den Antrag wird durch Beschluß befunden (§ 810 III). In Abweichung von den allgemeinen Bestimmungen der §§ 838 ff. ist der Beschluß der Anfechtung entzogen.

Ist ein für den Schuldner günstiger Ausgang des Rechtsstreits glaubhaft gemacht, so kann das Vollstreckungsgericht auf Antrag des Schuldners die Vollstreckung vorläufig einstellen (§ 869). Die in der Kritik des E beklagte[15] Einschränkung der Vollstreckbarkeit des Zahlungsbefehls gegenüber dem Vollstreckungsbefehl des geltenden Rechts entbehrt im übrigen der Grundlage. Wenn dem Gläubiger sowohl bei der Vorpfändung (§ 924) wie bei der Eintragung einer Sicherungshypothek (§ 945) unmittelbares Vorgehen gegen Drittschuldner und Schuldner bzw. Grundbuchamt verwehrt ist, so beruht das darauf, daß die Vollstreckung im Mahnverfahren schon mit dem Antrag auf Erlassung des Zahlungsbefehls eingeleitet und nach Vollstreckbarwerden des Zahlungsbefehls von Amts wegen fortgesetzt wird. Wird aber die Vollstreckung vom Vollstreckungsgericht durchgeführt, so werden Vorpfändung (§ 923) wie Eintragung einer Sicherungshypothek (§ 944) auf Grund der jeweils unmittelbar hervorgehenden Gesetzesbestimmungen von Amts wegen durch Gerichtsvollzieher bzw. Vollstreckungsgericht, gegebenenfalls auf „Anregungen" (§§ 770 I S. 2, 771 II), „Anträge" (§ 941 I) oder „Verlangen" (§ 943 II) des Gläubigers veranlaßt. Eine Schlechterstellung des Gläubigers gegenüber dem geltenden Recht ist also insoweit nicht ersichtlich.

Wie schon erwähnt, findet das Mahnverfahren nach geltendem Recht im Gegensatz zum E mit ungenutztem Ablauf der Widerspruchsfrist regelmäßig nicht sein Ende. Auf An-

[15] Schultze DJZ 1932 S. 647.

trag des Gläubigers wird vielmehr der unwidersprochen gebliebene Zahlungsbefehl durch sog. „Vollstreckungsbefehl" für vorläufig vollstreckbar erklärt; diesen Vollstreckungsbefehl kann der Schuldner wie vorher den Zahlungsbefehl durch Widerspruch, sog. „Einspruch", anfechten und damit eine Überleitung des Mahnverfahrens in das Streitverfahren erreichen. Erhebt der Schuldner indessen keinen Einspruch, so wird der Vollstreckungsbefehl endgültig vollstreckbar und erlangt die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils. Wird schließlich der Vollstreckungsbefehl nicht innerhalb eines bestimmten Zeitraums vom Gläubiger beantragt, so erlöschen die Wirkungen des Zahlungsbefehls, es tritt eine dem gewöhnlichen Verfahren nicht bekannte Art von „Prozeßverjährung"[16] ein.

Der Vollstreckungsbefehl enthält den gesetzlichen Ausspruch darüber, daß die im Zahlungsbefehl für den Fall der Unterlassung rechtzeitigen Widerspruchs angedrohte Vollstreckung für zulässig, der Zahlungsbefehl also für vorläufig vollstreckbar erklärt wird.[17] Insofern als er dem Zahlungsbefehl Vollstreckbarkeit verleiht, gleicht der Vollstreckungsbefehl dem Vollstreckungsurteil des § 722 ZPO; andererseits gleicht er dem Läuterungsurteil, indem er die bedingte Verurteilung des Zahlungsbefehls zu einer unbedingten macht:[18] jedoch nur unter nochmaligem Vorbehalt der Anfechtung. Das Gesetz drückt dies so aus, daß es den Vollstreckungsbefehl „einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Versäumnisurteil gleichstellt" (§ 700 S. 1), also Einspruch gegen den Vollstreckungsbefehl wie gegen ein Versäumnisurteil zuläßt.

Die Erlassung des Vollstreckungsbefehls ist seit der Nov. von 1909 dem Urkundsbeamten übertragen; auf Grund des EntlG kann die Landesjustizverwaltung ihm die Entschei-

[16] Förster-Kann § 701 1, Hellwig § 254 III 1.

[17] Skedl S. 127 (Vollstreckungsbefehl als „Vollstreckungsklausel"), unscharf Mot. S. 385 („in Form eines Dekrets der Sache nach ein Urteil") Seuffert § 699 1 a.

[18] Stein-Jonas § 699 I, Hellwig § 254 III 4.

dung auch für den Fall der Ablehnung übertragen.[19] Der Antrag[20] auf Erlassung des Vollstreckungsbefehls kann schriftlich oder mündlich[21] gestellt werden. Wird der Antrag von einem Bevollmächtigten gestellt, so ist jetzt die Vollmacht nachzuweisen (§ 703). Den Antrag schon im voraus als bedingten für den Fall, daß kein Widerspruch erhoben werde, zu stellen, hat das Gesetz nach herrschender Meinung[22] hier nicht gestattet. Der Antrag kann auf einen von mehreren im Zahlungsbefehl bezeichneten Ansprüchen, auf einen Teil des Anspruchs, auf den Haupt- oder Nebenanspruch, insbesondere auf die Kosten beschränkt werden. War der Antrag und demgemäß der Vollstreckungsbefehl beschränkt, so kann in Ansehung des anderen Anspruchs oder Anspruchsteils ein weiterer Antrag gestellt und ein weiterer Vollstreckungsbefehl erlassen werden.[23] Die Erteilung des Vollstreckungsbefehls für oder gegen andere Personen als die im Zahlungsbefehl benannten ist nur nach Maßgabe der §§ 239 ff., 265 ff. ZPO, erforderlichenfalls nach Unterbrechung und Aufnahme, zulässig.[24] Das Gericht, bzw. der Urkundsbeamte hat die ordnungsmäßige Zustellung des Zahlungsbefehls, den Ablauf der Widerspruchsfrist, das Vorliegen eines frist- (§ 701!) und formgerechten (Vollmacht!) Antrags zu prüfen. Sind diese Voraussetzungen gegeben, so ist der Vollstreckungsbefehl zu erlassen.

Der Urkundsbeamte kann den Vollstreckungsbefehl auch dann selbständig erlassen, wenn der Vollstreckungsbefehl für oder gegen den Rechtsnachfolger zu erteilen ist.[25] Will

---

[19] Stein-Jonas § 699 I; Preußen hat davon durch Allg. Verf. vom 3. März 1921 Gebrauch gemacht.

[20] Die ZPO spricht wie beim Zahlungsbefehl von „Gesuch".

[21] Die büromäßige Behandlung ist die gleiche wie beim Antrag auf Erlassung des Zahlungsbefehls.

[22] Begründung und abweichende Ansicht s. oben S. 58.

[23] Seuffert § 699 1 d, Stein-Jonas § 699 II a. E., Förster-Kann § 699 1 b dd.

[24] Baumbach § 699 4 u. a.; s. auch oben S. 92 ff.

[25] Stein-Jonas § 699 III 1.

der Urkundsbeamte den Vollstreckungsbefehl aus irgend einem Grunde ganz oder teilweise (z. B. wegen der Kostenrechnung) verweigern, so hat er den Antrag des Gläubigers dem Amtsrichter zur Entscheidung vorzulegen. Das gilt sogar bei klarer Sach- und Rechtslage, z. B. wenn ein Widerspruch rechtzeitig eingegangen ist.[26] Erachtet der Amtsrichter die Erteilung des Vollstreckungsbefehls für unzulässig, so wird der Antrag des Gläubigers durch Beschluß zurückgewiesen; hält er dagegen die Bedenken des Urkundsbeamten für unbegründet, so weist er den Urkundsbeamten zur Erlassung des Vollstreckungsbefehls an.[26] Ist dagegen dem Urkundsbeamten die Entscheidung über den Vollstreckungsbefehl auch für den Fall der Ablehnung übertragen, so entscheidet er in allen Fällen selbständig. Die Zurückweisungsverfügung des Amtsrichters bzw. Urkundsbeamten ist dem Gläubiger von Amts wegen zuzustellen (§ 329 III). Gegen die Zurückweisung durch den Amtsrichter kann der Gläubiger sofortige Beschwerde erheben (§ 699 II S. 2; wegen der Einzelheiten vgl. § 577). Ist die Zurückweisung durch den Urkundsbeamten erfolgt, so ist gemäß §§ 576, 577 IV zunächst die Entscheidung des Amtsrichters nachzusuchen; will der Richter dem Gesuch nicht entsprechen, so hat er es dem Beschwerdegericht vorzulegen.[27] Ob die Zurückweisung des Antrags auf Erlassung des Vollstreckungsbefehls eine endgültige ist, hängt von ihrem Grunde ab; kann der Grund wegfallen oder ist er weggefallen (verfrühter Antrag!), so steht einer Wiederholung des Antrags nichts im Wege.[28] Mit der Rechtskraft der Zurückweisung erlöschen die Wirkungen des Zahlungsbefehls (§ 701 S. 2).

Der Vollstreckungsbefehl lautet dahin, daß der Zahlungsbefehl — ganz oder zum Teil — für vorläufig vollstreckbar erklärt werde; er ist also inhaltlich nicht weiter als eine Voll-

[26] Stein-Jonas § 699 III 1.

[27] Rosenberg § 166 III 5 b, Baumbach § 699 4 B, Stein-Jonas § 699 III 2.

[28] Hellwig § 244 III 3, Stein-Jonas § 699 III 1.

streckbarerklärung des Zahlungsbefehls (§ 699 I S. 2). Darum muß er auch mit dem Zahlungsbefehl räumlich verbunden werden. Er ist, wie das Gesetz sagt, auf die Urschrift des Zahlungsbefehls zu setzen, die sich bei den Gerichtsakten befindet und bei diesen bleibt. In dem Vollstreckungsbefehl sind gemäß § 699 I S. 3 die von dem Gläubiger zu berechnenden Kosten des bisherigen Verfahrens aufzunehmen. Dazu gehören die bereits in den Zahlungsbefehl aufgenommenen Kosten und ferner die Kosten, die durch Erwirkung des Vollstreckungsbefehls entstehen.[29] Aber auch solche Kosten, die bereits im Zahlungsbefehl zu liquidieren waren, dort aber versehentlich nicht berechnet oder aufgenommen wurden, sind von ihrer Liquidierung im Vollstreckungsbefehl nicht ausgeschlossen.[30] Dafür sprechen vor allem praktische Erwägungen. Nicht in den Vollstreckungsbefehl gehören dagegen die durch die Zustellung des Vollstreckungsbefehls erwachsenen Kosten; diese kann der Gläubiger vielmehr als Kosten der Vollstreckung ohne weiteres mitbeitreiben (§§ 788, 795).[31]

Die Zustellung des Vollstreckungsbefehls erfolgt nicht von Amts wegen, sondern, da der Vollstreckungsbefehl einem Versäumnisurteil gleichgestellt ist (§ 700), gemäß §§ 317 I, 496 I auf Betreiben des Gläubigers nach §§ 166 ff. (§ 699 I S. 3). Im Anschluß an die für das amtsgerichtliche Verfahren gegebene Vorschrift des § 508 I ist aber durch die Nov. von 1910 bestimmt worden, daß der Urkundsbeamte die Zustellung zu vermitteln habe, wenn nicht der Gläubiger erklärt hat, selbst einen Gerichtsvollzieher mit der Zustellung beauftragen zu wollen.[32] Abweichend von § 688 II, der nur den

---

[29] Förster-Kann § 699 2 b.

[30] Streitig! Wie hier Förster-Kann § 699 2 b (mit Begründung), Seuffert § 699 1 f, Baumbach § 699 5, Skedl S. 163. A. A.: Stein-Jonas § 699 IV 1 („weil es für sie an einem Zahlungsbefehl fehle") und die dort Anm. 10 zitierten.

[31] Förster-Kann § 699 2 b, Seuffert § 699 1 f.

[32] Seuffert § 699 1 i, Stein-Jonas § 699 V.

Zahlungsbefehl betrifft, ist hier eine Zustellung im Ausland oder eine öffentliche Zustellung zulässig; auf die Stellung der nach der ZPO hierfür erforderlichen Anträge ist der Gläubiger gegebenenfalls hinzuweisen.[33] Der Urkundsbeamte hat dem Gerichtsvollzieher bzw. dem Gläubiger entweder die auf den Zahlungsbefehl gesetzte Urschrift oder eine Ausfertigung des Vollstreckungsbefehls auszuliefern. Da im Gesetz hierüber nichts bestimmt ist, muß angenommen werden, daß die Justizverwaltung das eine oder andere anordnen kann.[34] In den meisten Ländern bleibt die Urschrift heute bei den Akten: so seit langem Sachsen,[35] seit 1930 Baden,[36] 1931 Preußen[37] und neuerdings Bayern.[38] Die Aushändigung der Urschrift widerspricht dem Grundsatz, daß die Urschrift der von Amts wegen zuzustellenden Urkunden (Zahlungsbefehl!) bei den Gerichtsakten zu bleiben habe, und führt im Falle des Einspruchs dazu, daß bei den Gerichtsakten die Belege über die verfahrens- und sachlichrechtlich maßgebenden Angaben des Gläubigers fehlen. Die Streitfrage, ob bei Verlust der Urschrift von Zahlungs- oder Vollstreckungsbefehl ein Vollstreckungsbefehl erlassen bzw. wieder hergestellt werden kann, ist von geringer praktischer Bedeutung, seit nunmehr in den meisten Ländern die Urschrift bei den Akten verbleibt.[39]

Kraft gesetzlicher Vorschrift „steht der Vollstreckungsbefehl einem für vorläufig vollstreckbar erklärten auf Versäumnis erlassenen Endurteile gleich". Damit ist aber nicht

---

[33] Stein-Jonas § 699 V.

[34] Förster-Kann § 699 2c, Seuffert § 699 1i; a. A. Stein-Jonas § 699 V, insbesondere Anm. 15.

[35] „Rechtspfleger" 1922 S. 32.

[36] Erlaß vom 12. Dez. 1930 Nr. 7.

[37] GeschO § 297.

[38] Bek. vom 9. Dez. 1932 (JW 1933 S. 5).

[39] Für die Rechtslage bei Aushändigung der Urschrift: Seuffert § 699 1h, Siméon-David Bd. III S. 536; abweichend Förster-Kann § 699.

gesagt, daß das weitere Verfahren stets Streitverfahren sei;[40] eine Überleitung in das Streitverfahren findet vielmehr erst durch Einlegung und Zulassung des Einspruchs statt. Die Rechtshängigkeit des Anspruchs wird jedoch mit der Erlassung des Vollstreckungsbefehls als begründet angesehen und ihre Wirkungen wie im Falle des Streitverfahrens nach erhobenem Widerspruch auf den Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls zurückdatiert (§ 700 S. 1 Halbs. 2).

Der Vollstreckungsbefehl kann, als einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Endurteil gleichstehend, schon vor seiner formellen Rechtskraft von der Zustellung an vollstreckt werden. Einer Vollstreckungsklausel bedarf er nur, wenn die Vollstreckung für oder gegen eine andere als die im Vollstreckungsbefehl bezeichnete Person erfolgen soll (§ 796 I). Die Erteilung der Klausel hat in diesem Fall gemäß § 730 durch den Amtsrichter zu erfolgen (durch den Urkundsbeamten nur, soweit ihm landesrechtlich die Befugnis dazu erteilt ist); gegebenenfalls ist nach § 731 auf Erteilung der Vollstreckungsklausel zu klagen.[40] Auf Grund des Vollstreckungsbefehls sind alle Vollstreckungsakte zulässig, die überhaupt auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Titels vorgenommen werden können. Seit der Nov. von 1909 kann insbesondere auf Grund des Vollstreckungsbefehls auch eine Sicherungshypothek eingetragen werden (§ 866 III).

Da der Vollstreckungsbefehl einem Versäumnisurteil gleichgestellt ist, findet gegen ihn gemäß §§ 338 ff., wie § 700 S. 2 Halbs. 1 noch besonders bestimmt, der Einspruch statt. Ein anderer Rechtsbehelf steht dem Schuldner nicht zu (keine Berufung, § 513), mag es sich um sachlich- oder verfahrensrechtliche Einwendungen, ja nur um die Anfechtung der im Vollstreckungsbefehl ausgesprochenen Kostenentscheidung handeln.[41] Sachlich ist der Einspruch gegen den Vollstreckungsbefehl, sofern er zulässig ist, nichts anderes als

[40] So Stein-Jonas § 700 I.

[41] Stein-Jonas § 700 II, Förster-Kann § 700 1 a.

die Nachholung des versäumten Widerspruchs gegen den Zahlungsbefehl.[42] Ein Unterschied ist nur dadurch gegeben, daß der Widerspruch sofort, mit seiner Erhebung, den Zahlungsbefehl außer Kraft setzt, während der Einspruch diese Wirkung erst äußert, wenn er nach streitiger Verhandlung vom Gericht für zulässig erklärt worden ist.

Die Vorschriften über den Einspruch gegen ein vom Amtsgericht erlassenes Versäumnisurteil finden gemäß § 700 S. 2 Halbs. 2 entsprechende Anwendung. Der Einspruch ist also bei dem Amtsgericht einzulegen, das den Vollstreckungsbefehl erlassen hat. Die Einlegung des Einspruchs, die schon vor Zustellung (nicht aber vor Erlassung) des Vollstreckungsbefehls für zulässig anzusehen ist,[43] erfolgt durch Einreichung eines Schriftsatzes (der Einspruchsschrift) oder Erklärung zu Protokoll der Geschäftsstelle (§§ 340, 496 II). In sinngemäßer Anwendung des § 340 II hat die Einspruchsschrift die Bezeichnung des Vollstreckungsbefehls, gegen den der Einspruch gerichtet ist und die Erklärung, daß gegen ihn Einspruch eingelegt werde, zu enthalten.[44] Gemäß § 502 II beträgt die mit der Zustellung des Vollstreckungsbefehls beginnende Einspruchsfrist stets eine Woche.

In der mündlichen Verhandlung hat das Gericht zunächst von Amts wegen zu prüfen, ob der Einspruch zulässig und in der gesetzlichen Frist und Form eingelegt ist. Fehlt es an einem dieser Erfordernisse, so ist der Einspruch gemäß § 341 durch Endurteil als unzulässig zu verwerfen. Mit der Rechtskraft dieses Urteils[45] ist dann festgestellt, daß der Vollstreckungsbefehl rechtskräftig geworden war. Hält das Gericht den Einspruch für zulässig, so kann es ein dahingehen-

---

[42] Hellwig § 254 III 4, Baumbach § 700 3, Förster-Kann § 700 1 c; jetzt auch Stein-Jonas § 700 III 3.

[43] RG 110 S. 169; Stein-Jonas § 339 I.

[44] Wegen des weiteren „Soll"inhalts der Einspruchsschrift vgl. § 340 III ZPO.

[45] Bei Aufhebung des Urteils in der Berufungsinstanz: Rückverweisung an das Amtsgericht (§ 538 Nr. 1).

des Zwischenurteil erlassen oder den Anspruch über die Zulässigkeit des Einspruchs dem Endurteil vorbehalten. Bei Ausbleiben des Schuldners im Einspruchstermin ergeht gegen ihn Versäumnisurteil mit der Besonderheit des zweiten Versäumnisurteils nach § 345, gegen das nur beschränkte Berufung nach § 513 II stattfindet. Bei Ausbleiben des Gläubigers wird die Aufhebung des Vollstreckungsbefehls nach §§ 330, 343 als Versäumnisurteil gegen ihn ausgesprochen.[46] Erscheinen beide Parteien im Einspruchstermin und ist der Einspruch zulässig, so wird das Verfahren in die Lage zurückversetzt, in der es sich vor Eintritt der Versäumnis befand (§ 342), d. h. im gegebenen Fall, da der Einspruch sachlich die Nachholung des Widerspruchs darstellt: in den Beginn des Streitverfahrens. Da nach § 700 S. 1 Halbs. 2 der Anspruch schon rechtshängig geworden ist, ist ein Güteverfahren hier nicht mehr am Platze.[47] — Auch in diesem Verfahren hat die Prüfung der Prozeßvoraussetzungen der Sachprüfung vorauszugehen; eine Bindung an die im Mahnverfahren ergangene Entscheidung gibt es in keiner Hinsicht. Der Schuldner kann in der mündlichen Verhandlung jede sachlichrechtliche (gegen den Anspruch) und jede verfahrensrechtliche (gegen die Vollstreckbarkeit, den Umfang seiner Haftung, die Kostenpflicht) Verteidigung vorbringen. Irgendwelche Beschränkung seiner prozessualen Rechte besteht nicht. Das in diesem Verfahren ergehende Urteil geht entweder auf Aufrechterhaltung des Vollstreckungsbefehls oder auf Aufhebung und anderweitige Entscheidung. Ein aufhebendes Urteil beseitigt die Vollstreckbarkeit und löst gegebenenfalls einen Ersatzanspruch nach § 717 II aus.[48]

Für den Fall, daß der Anspruch zur Zuständigkeit der Landgerichte gehört, hat das Amtsgericht — seit der Nov.

---

[46] Vgl. des näheren Stein-Jonas § 700 III 1, Baumbach § 700 3, Skedl S. 143.

[47] Rosenberg § 166 III 5 c, Baumbach § 700 3, Stein-Jonas § 700 III 3, Prost „Rechtspfleger" 1928 S. 301 und 1927 S. 405.

[48] Baumbach § 700 1.

von 1909 — die Sache, sofern es den Einspruch für zulässig erachtet, an das zuständige Landgericht zu verweisen. Im Gegensatz zu § 697 II ist hier eine Verweisung nur auf Grund mündlicher Verhandlung möglich. Die Verweisung ist durch Zwischenurteil oder Verweisungsbeschluß auszusprechen. Die Entscheidung des Amtsgerichts ist der Anfechtung entzogen. Das Landgericht, an das der Rechtsstreit verwiesen worden ist, ist an die Entscheidung über die Zulässigkeit des Einspruchs und an die Verweisung gebunden (§§ 700 S. 3, 4; 697 I). Entsprechend § 508 III ist ebenso wie im Fall der Verweisung an das übergeordnete Landgericht zu verfahren, wenn die Verweisung an ein anderes Amtsgericht oder ein Landgericht, das dem angerufenen Gericht nicht übergeordnet ist, beantragt ist.[49]

Verzicht auf den Einspruch und Rücknahme des Einspruchs sind gemäß § 346 entsprechend den für die Berufung gegebenen Bestimmungen zulässig.[50]

Während der Einspruchsfrist und bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den eingelegten Einspruch finden gegebenenfalls die Vorschriften über Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens (§§ 239 ff.) Anwendung. — Die Vollstreckung aus dem Vollstreckungsbefehl wird im übrigen durch die Einlegung des Einspruchs nicht gehemmt. Doch kann das Gericht auf Antrag des Schuldners gemäß §§ 719 I, 707 die Vollstreckung unter den dort näher gekennzeichneten Voraussetzungen einstellen. Im Gegensatz zu der Regelung bei der Wiedereinsetzung im E ist eine Glaubhaftmachung eines günstigen Prozeßausgangs nicht verlangt. In der Praxis pflegt der Einstellungsantrag mit dem Einspruch allgemein verbunden zu werden. Da die Einspruchsfrist eine Notfrist ist (§ 339 I), ist gegen ihre Versäumung die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zulässig. Absoluter Wiedereinsetzungsgrund ist es gemäß § 233 II — ähnlich wie in § 810

[49] Förster-Kann § 700 2, Stein-Jonas § 700 III 4.
[50] Im einzelnen vgl. §§ 514, 515 ZPO.

II E —, wenn der Schuldner von der Zustellung des Vollstreckungsbefehls ohne sein Verschulden keine Kenntnis erlangt hat. Aber auch in diesem Fall wird allzu später Wiederaufrollung der Sache ein Riegel vorgeschoben: nach Ablauf eines Jahres, von dem Ende der versäumten Frist an gerechnet, kann die Wiedereinsetzung nicht mehr beantragt werden. Im übrigen ist — enger als im E — Wiedereinsetzungsgrund nur Verhinderung der Partei durch Naturereignisse oder andere unanwendbare Zufälle (§ 233 I), also über den Mangel eines bloßen Verschuldens hinaus grundsätzlich bis zur höheren Gewalt.[51] Die Wiedereinsetzung muß binnen zwei Wochen nach Behebung des Hindernisses beantragt werden (§ 234 I, II); mit dem Antrag auf Wiedereinsetzung ist die versäumte Prozeßhandlung — hier also der Einspruch — nachzuholen.

Im geltenden Recht ist also nach Ablauf der Widerspruchsfrist und nach Erwirkung des Vollstreckungsbefehls dem Schuldner noch unbeschränkte Möglichkeit gelassen, bis zum Ablauf der Einspruchsfrist durch Einlegung des Einspruchs den versäumten Widerspruch nachzuholen und den Gläubiger damit in die Rolle des Klägers zu zwingen. Der einzige Nachteil für den Schuldner, der bis kurz vor Ablauf der Einspruchsfrist mit seiner Verteidigung wartet, ist — neben der Möglichkeit der gegenüber § 717 II für den Gläubiger niemals unbedenklichen vorläufigen Vollstreckung — die Tragung der Kosten des Einspruchs; diese sind dem Schuldner auch dann aufzuerlegen, wenn er in der Hauptsache obsiegt, sofern der Vollstreckungsbefehl in gesetzlicher Weise ergangen war (§ 344[52]). Die Einführung des anderen Rechten nicht bekannten Einspruchsverfahrens gegen den vollstreckbar erklärten Zahlungsbefehl haben die Verfasser der geltenden ZPO[53] mit dem Schutz des unerfahrenen Schuldners und dem

[51] Die neuere Rechtsprechung des RG neigt einer erfreulich weitherzigen, unformalistischen Auffassung zu; s. Stein-Jonas § 233 II 1.

[52] Stein-Jonas § 700 III 5.

[53] Mot. S. 223 ff.

abgenutzten Begriff der sog. totalen Versäumnis gerechtfertigt. Schon in der Beratung des Entwurfs der geltenden ZPO vor mehr als 50 Jahren wurden Bedenken gegen den Einbau des Einspruchsverfahrens erhoben und im Einklang mit dem Ersten Entwurf einer ZPO (§ 564) als einziger Rechtsbehelf des Schuldners an Stelle des Einspruchs die Wiedereinsetzung gegen die Versäumnis der Widerspruchsfrist in Vorschlag gebracht. Die Bestrebungen nach einer Änderung des geltenden Rechts in dieser Richtung zwecks Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens haben nie aufgehört.[54]

Der rechtskräftige Vollstreckungsbefehl begründet ebenso wie das rechtskräftige Urteil, das ihn aufrecht erhält, die Wirkungen der materiellen Rechtskraft. Einer neuen Klage steht das mangelnde Rechtschutzbedürfnis in demselben Maß und Umfang wie bei einem Urteil entgegen.[55] Eine Beseitigung des Vollstreckungsbefehls ist — außer durch Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Einspruchsfrist — nur noch auf dem Wege der Nichtigkeits- und Restitutionsklage möglich.[56]

Eine dem ordentlichen Verfahren fremde Bestimmung trifft § 701 ZPO: bei Untätigkeit des Gläubigers findet das Verfahren nach gewisser Zeit von allein sein Ende. Die Beendigung des Mahnverfahrens durch sog. Prozeßverjährung nach § 701[57] kommt in zwei Fällen in Frage: einmal dann, wenn Widerspruch nicht erhoben ist und die Erlassung des Vollstreckungsbefehls nicht binnen einer sechsmonatigen Frist, welche mit Ablauf der im Zahlungsbefehl bestimmten Frist beginnt, nachgesucht wird (§ 701 S. 1);[58] ferner in dem Fall,

[54] Skedl S. 145 mit beachtlichen Ausführungen, die allerdings durch die Novellen z. T. entkräftet sind; ferner Rosenberg DJZ 1932 S. 47.

[55] Stein-Jonas § 700 I.

[56] Wegen der Zuständigkeit vgl. § 584 II ZPO.

[57] Ähnlich der péremption d'instance des französischen Rechts.

[58] Die Frist wird unterbrochen, wenn der Gläubiger die Erlassung des Vollstreckungsbefehls beantragt, und läuft mit Rücknahme des Antrags weiter.

daß die Erlassung des Vollstreckungsbefehls zwar rechtzeitig nachgesucht ist, das Gesuch aber zurückgewiesen wurde (§ 701 S. 2). Voraussetzung ist hierbei, daß eine endgültige Zurückweisung aus sachlichen Gründen erfolgt ist. War das Gesuch nur aus formellen Gründen oder als verfrüht zurückgewiesen, so findet nur § 701 S. 1 Anwendung.[59] Die Sechsmonatsfrist kann als richterliche Frist durch Vereinbarung, aber nicht durch das Gericht abgekürzt oder verlängert werden (§ 224). Die Ferien sind auf ihren Ablauf ohne Einfluß. Eine Wiedereinsetzung gegen ihre Versäumung ist nicht gegeben. Die Wirkung des Fristablaufs in den beiden Fällen des § 701 liegt darin, daß der Zahlungsbefehl seine Kraft verliert. Die prozeßrechtlichen Wirkungen, die das Gesetz an die Erlassung und die Zustellung des Zahlungsbefehls knüpft, kommen in Wegfall. Inwieweit die materiellrechtlichen Wirkungen mit rückwirkender Kraft erlöschen, bestimmt sich nach materiellem Recht. Der Zusatz in § 701, „daß mit Fristablauf die Wirkungen der Rechtshängigkeit erlöschen", ist durch die Nov. von 1924, die den Eintritt der Rechtshängigkeit mit Zustellung des Zahlungsbefehls beseitigte, aufgehoben worden. Für den Fall der Verjährung ist in § 213 BGB bestimmt, daß mit Ablauf der Sechsmonatsfrist des § 701 ZPO die Unterbrechung der Verjährung als nicht erfolgt gilt. Ist der Vollstreckungsbefehl einmal erwirkt, aber seine Zustellung unterlassen, so läuft die Frist des § 701 nicht. Der Schuldner kann aber auch ohne Zustellung Einspruch einlegen.[60]

Für das Mahnverfahren nach dem E verliert die Frage nach der zwangsweisen Beendigung des Verfahrens wegen Untätigkeit des Gläubigers für den Regelfall ihre Bedeutung, da der Zahlungsbefehl mit Ablauf der Widerspruchsfrist ipso jure vollstreckbar wird und der Eintritt der Vollstreckbarkeit von Amts wegen ohne besonderen Antrag auf dem

---

[59] Stein-Jonas § 701 II, Baumbach § 701 2, Förster-Kann § 701 2.
[60] Baumbach § 700 3; a. A. (unbefriedigend) Stein-Jonas § 701 III.

Zahlungsbefehl vermerkt wird. Der Vorbehalt des Antrags auf Durchführung der Vollstreckung hindert nur die Durchführung der Vollstreckung, nicht aber die Vollstreckbarerklärung des Zahlungsbefehls.

Nach österreichischem Recht wird wie im geltenden deutschen Recht der Zahlungsbefehl nur auf Antrag des Gläubigers für vollstreckbar erklärt; wie § 15 I GesMV sagt, ist dem Gläubiger „über sein Ansuchen die Exekution auf Grund des Zahlungsbefehls zu bewilligen". Aber im Gegensatz zum geltenden deutschen Recht ist das Mahnverfahren mit Bewilligung der Exekution abgeschlossen. Der Zahlungsbefehl ist endgültig vollstreckbar, der nur vorläufig vollstreckbare und durch Einspruch anfechtbare Vollstreckungsbefehl ist dem österreichischen Recht nicht bekannt. Einen ausdrücklichen Ausspruch über die Rechtskraftfähigkeit des unwidersprochen gebliebenen Zahlungsbefehls enthält das Gesetz nicht. Schrifttum[61] und Rechtsprechung[62] nehmen aber allgemein, ohne diesem Standpunkt eine m. E. hinreichende Begründung zu geben,[63] an, daß der Zahlungsbefehl mit Ablauf der Widerspruchsfrist rechtskräftig wird. Die dem § 701 S. 1 der geltenden deutschen ZPO entsprechende Bestimmung (§ 16 GesMV), wonach der Zahlungsbefehl mit Ablauf der Sechsmonatsfrist bei Unterlassung des Exekutionsbegehrens außer Kraft tritt, ist aufgehoben worden.[64] Während das geltende deutsche Recht gegen den Vollstreckungsbefehl allgemein den Einspruch zuläßt, gibt das österreichische Recht, dem der deutsche E insoweit folgt, bei Versäumung der Widerspruchsfrist dem Schuldner nur bei

[61] Pollak, System S. 761, Neumann, Komm. S. 356, Klein-Schauer: ExekO § 1 Ziff. 3 Anm. 2.

[62] Neumann, Komm. S. 379 Nr. 3.

[63] Daß ein anderer Standpunkt vertretbar ist, zeigt gerade der deutsche E.

[64] Unter der Geltung des § 16 wurde Erlöschen der Rechtskraft (so Pollak, System 1. Aufl. S. 768) in diesem Fall angenommen.

unverschuldeter Versäumung[65] die Möglichkeit, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu beantragen. Die Wiedereinsetzung ist vom Schuldner binnen 14 (früher 8) Tagen, seitdem dem Schuldner die Versäumung bekannt geworden und das Hindernis weggefallen ist, nachzusuchen (§ 14 I S. 1 GesMV). Eine Ausschlußfrist, nach deren Ablauf Wiedereinsetzung nicht mehr beantragt werden kann, besteht im Gegensatz zum deutschen Recht (§§ 810 E, 234 III ZPO) nicht. Die Bewilligung der Wiedereinsetzung hat kraft gesetzlicher Bestimmung (§ 14 I S. 3) die Wirkung des Widerspruchs; einer ausdrücklichen Erhebung des Widerspruchs bedarf es, ähnlich wie im Einspruchsverfahren des geltenden deutschen Rechts, nicht.

Der vollstreckbarerklärte Zahlungsbefehl ist in gleicher Weise nach Art und Umfang vollstreckungsfähig wie andere Exekutionstitel (§ 1 Ziff. 3 ExekO).[66] Voraussetzung dafür ist allerdings, daß der Zahlungsbefehl abstrakt zulässig ist. Lautet er z. B. über einen die Wertgrenze des Mahnverfahrens übersteigenden Betrag oder über einen Individualleistungsanspruch, so werden gegen eine etwaige Exekutionsbewilligung die Rechtsmittel des Vollstreckungsverfahrens (Rekurs oder Oppositionsklage[67] nach § 36 ExekO) zugelassen.[68] Hat der Zahlungsbefehl einen Anspruch auf Leistung vertretbarer Sachen zum Gegenstand, so kann sich der Schuldner auch noch im Vollstreckungsstadium durch Leistung des im Zahlungsbefehl bezeichneten Ersatzgeldbetrags samt Nebengebühren befreien (§ 15 II GesMV). Eine Beschränkung der Vollstreckungsbefugnisse des Gläubigers tritt ein, wenn der Schuldner die Wiedereinsetzung gegen Versäumung der Widerspruchsfrist beantragt: gemäß §§ 14

---

[65] Jetzige Fassung: Versäumung „durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis".

[66] ExekO = Exekutionsordnung.

[67] Klein-Schauer ExekO § 36 Abs. 1 Ziff. 1.

[68] Neumann, Komm. S. 356; nicht unbedenklich mangels gesetzlicher Grundlage.

II GesMV, 371 III ExekO darf bis zur Abweisung des Gesuchs dem Gläubiger nur die Exekution zur Sicherstellung (also Pfändung, aber nicht Verwertung; arrestähnlich) bewilligt werden.

Als außerordentliche Rechtsmittel gegen den rechtskräftigen Zahlungsbefehl werden wie gegen das rechtskräftige Urteil die Nichtigkeits- und Wiederaufnahmsklage[69] (§§ 529 ff. ZPO) zugelassen.

Im schweizerischen Recht wird, im Einklang mit dem geltenden deutschen und österreichischen Recht, die Vollstreckung aus dem unwidersprochen gebliebenen Zahlungsbefehl nur auf Antrag des Gläubigers durchgeführt. Die Vollstreckung nimmt verschiedene Wege, je nachdem ob es sich um der Konkursbetreibung unterliegende Schuldner (im Handelsregister eingetragene Personen) handelt oder nicht. In letzterem Falle kann der Gläubiger 20 Tage nach Zustellung des unwidersprochen gebliebenen Zahlungsbefehls das sog. Pfändungsbegehren stellen (Art. 88 I SchKG). Wird das Begehren verfrüht gestellt (es sei denn, höchstens um zwei Tage), so wird es dem Antragsteller zurückgeschickt.[70] Ein mit dem Zahlungsbefehlsbegehren verbundenes bedingtes Pfändungsbegehren erscheint daher nicht zulässig. Das Recht, Pfändungsbegehren zu stellen, erlischt mit Ablauf eines Jahres nach Zustellung des Zahlungsbefehls (Art. 88 II). Das Pfändungsbegehren ist an das Betreibungsamt am Wohnsitz des Schuldners zu richten; hat der Schuldner also nach Zustellung des Zahlungsbefehls seinen Wohnsitz gewechselt, so ist nicht mehr das Betreibungsamt, das den Zahlungsbefehl erlassen hat, zuständig.[71] Das Betreibungsamt hat gemäß Art. 89 SchKG innerhalb drei Tagen nach Empfang des Begehrens die Pfändung zu vollziehen bzw. vollziehen zu lassen (Pfändung auf Requisition). Auch die weitere Vollstreckungs-

[69] Neumann, Komm. S. 356 (Entscheidungen Nr. 3).
[70] Jäger I Art. 88 Anm. 1.
[71] Jäger I Art. 88 Anm. 6 B.

etappe, die Verwertung der gepfändeten Vermögensstücke, ist von einem weiteren Antrag des Gläubigers, dem Verwertungsbegehren, abhängig.

Dieses Begehren kann frühestens einen Monat (solange sind Anschlußpfändungen zu gleichem Rang zulässig, Art. 110) und spätestens ein Jahr nach der Pfändung verlangt werden.[72] Ist der Zahlungsbefehl wegen einer (faust- oder grund-) pfandversicherten Forderung erlassen worden, so hat der Gläubiger des unwidersprochen gebliebenen Zahlungsbefehls unmittelbar nach Ablauf der Zahlungsfrist (von ein bzw. sechs Monaten) Verwertungsbegehren zu stellen; das gilt auch dann, wenn der Schuldner der Konkursbetreibung unterliegt. Im übrigen wird bei der Konkursbetreibung nach Ablauf der Zahlungsfrist die Vollstreckung des Zahlungsbefehls mit der auf Verlangen des Gläubigers vom Betreibungsamt auszusprechenden sog. Konkursandrohung (Art. 159) durchgeführt. Nach Ablauf weiterer 20 Tage, während deren Sicherungsmaßnahmen vom Betreibungsamt ergriffen werden können, kann der Gläubiger beim Konkursgericht Konkursbegehren stellen. Das Konkursgericht erläßt sodann beim Vorliegen der formellen und materiellen Voraussetzungen (Art. 172) ohne Aufschub das Konkurserkenntnis, mit dessen Erlassung der Konkurs als eröffnet gilt (Art. 175).

In Abweichung vom geltenden deutschen und auch von der Praxis des österreichischen Rechts ist der unwidersprochene Zahlungsbefehl weder selbst noch in Verbindung mit einem Vollstreckungsbefehl eine der Rechtskraft fähige, selbständige anfechtbare Entscheidung. Wie im deutschen E ist er lediglich Vollstreckungstitel. Ist er vollstreckbar geworden, so stehen dem Schuldner nur noch außerordentliche Rechtsbehelfe zur Verfügung: der nachträgliche Rechtsvorschlag (entsprechend der Wiedereinsetzung im E) und die Rückforderungsklage (entsprechend der Einwandsklage im E).

[72] Art. 116 SchKG; bei Grundstücken betragen die Fristen sechs Monate bzw. zwei Jahre.

Die Ausgestaltung im einzelnen weicht von der des deutschen E — leider nicht zu dessen Vorteil — in verschiedener Hinsicht ab. So wird der nachträgliche Rechtsvorschlag gemäß Art. 77 SchKG nur zugelassen, wenn der Schuldner ohne sein Verschulden verhindert war, innerhalb der gesetzlichen Frist Rechtsvorschlag anzubringen. Der Rechtsvorschlag ist in diesem Fall binnen drei Tagen nach Wegfall des Hindernisses bei dem zuständigen Gericht zu erheben. Erst nach Verwertung der Pfandstücke bzw. Eröffnung des Konkurses kann nachträglicher Rechtsvorschlag nicht mehr zugelassen werden. Gegenüber den sehr einschränkenden Bestimmungen des § 810 E ist also das Anwendungsgebiet des Art. 77 SchKG wesentlich weiter. Gemäß Art. 77 II S. 2 sind weiter mit dem nachträglichen Rechtsvorschlag die Beweismittel einzureichen oder anzugeben, auf die der Schuldner sich zur Rechtfertigung seiner Versäumnis beruft. Über die Zulassung des Rechtsvorschlags entscheidet das Gericht (in summarischem Verfahren[73]) nach Einvernahme der Parteien. Bei Empfang des Rechtsvorschlags kann der Richter die Einstellung der Betreibung verfügen (Art. 77 III).[74]

Unabhängig von der Möglichkeit nachträglichen Rechtsvorschlags und über sie hinausgehend kann der Schuldner nach Ablauf der Rechtsvorschlagsfrist gegen den Gläubiger mit der Klage aus Art. 86, der sog. Rückforderungsklage, vorgehen. Voraussetzung dieser Klage ist, daß der Rechtsvorschlag vom Schuldner — gleichgültig, ob mit oder ohne Verschulden — unterlassen oder durch Rechtsöffnung beseitigt wurde und der Schuldner infolgedessen eine Nichtschuld (freiwillig oder im Wege der Betreibung) „bezahlt" hat. Ziel der Klage ist Rückforderung des bezahlten bzw. beigetriebenen Betrages.[75] In Abweichung von Art. 63 OR,

---

[73] Jäger I Art. 77 Anm. 12.

[74] Wegen der Wirkung eines zugelassenen Rechtsvorschlags auf Pfändungen vgl. Jäger Anm. 14.

[75] Eine darüber hinausgehende Verpflichtung, namentlich zu Schadens-

der entsprechend § 813 BGB Nachweis der Zahlung im Irrtum über die Schuldpflicht fordert, wird dieses Rückforderungsrecht nach Art. 86 SchKG von keiner anderen Voraussetzung als dem vom Schuldner als Kläger zu erbringenden Nachweis der Nichtschuld abhängig gemacht (Art. 86 III). Die Klage kann gemäß Art. 86 II entweder beim Gericht des Betreibungsorts oder dort erhoben werden, wo der Gläubiger seinen ordentlichen Gerichtsstand hat. Ihre Erhebung ist nur innerhalb eines Jahres nach Zahlung zulässig. Wie oben ausgeführt, ist zu hoffen, daß der deutsche E diese Klageverwirkungsfrist[76] übernimmt.

In den kantonalen Rechtsbotverfahren ist die Wirkung des unwidersprochen gebliebenen Rechtsbots nicht einheitlich geregelt. In St. Gallen ist dem Rechtsbot, gegen das Rechtsvorschlag nicht erhoben ist, „Folge zu geben" (Art. 278 II); geschieht dies nicht freiwillig, so ist der Gläubiger auf den Weg der Klage angewiesen — das Rechtsbot ist weder rechtskräftig noch vollstreckbar.[77] In den beiden Appenzell wird dagegen dem Rechtsbot mit Ablauf der Rechtsvorschlagsfrist die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils (so ausdrücklich Art. 151 A.-Rh.) zugesprochen. Die Vollstreckung der Rechtsbote — wie aller nicht dem eidgenössischen Betreibungsrecht unterliegenden Vollstreckungstitel — ist Sache der kantonalen Vollstreckungsbehörde, als die in Appenzell[78] das Regierungskabinett (Gesamtregierungsrat) bzw. ein Mitglied desselben fungiert.[79] Ungehorsam gegenüber einem Rechtsspruch erscheint in diesem kleinen Landkanton als

---

ersatz nach Art. 41 OR, besteht in der Regel nicht; Entscheidungen bei Jäger I Art. 86 Anm. 9.

[76] Jäger I Art. 86 Anm. 7.

[77] Doch erblickt die Praxis im Regelfall im Unterlassen des Rechtsvorschlags ein für den Prozeß bedeutungsvolles Anerkenntnis (Fritzsche S. 60).

[78] In St. Gallen der oberste Verwaltungsbeamte des Gerichtssprengels (Pfenninger S. 51).

[79] Pfenninger S. 52. Näheres über den Vollstreckungsgang bei Fritzsche S. 50—51.

etwas so Seltenes und Unerhörtes, daß nur die höchste Instanz zur Brechung dieses Ungehorsams für befugt erachtet wird.[79] Gegenüber dem rechtskräftig gewordenen Rechtsbot kann das Gericht bei unverschuldeter bzw. durch besondere Verhältnisse gerechtfertigter Unterlassung des Rechtsvorschlags nachträglichen Rechtsvorschlag zulassen[80] (Art. 3 IV Appenzell A.-Rh., sehr unklar Art. 26 b III I.-Rh.).[81]

IX. Das Urkunden- und Wechselmahnverfahren.

Für Ansprüche, die im Urkunden- und im Wechselprozeß verfolgbar sind, ist im geltenden Recht erst durch die EntlVO von 1915 ein besonderes Urkunden- und Wechselmahnverfahren[1] eingeführt worden. Bis dahin war die Geltendmachung dieser Ansprüche nur im gewöhnlichen Mahnverfahren möglich, aber zumal für Wechsel angesichts der kürzeren Fristen des Wechselprozesses wenig praktisch und nicht üblich.[2] Die Einführung des obligatorischen Mahnverfahrens führte nun zu der Notwendigkeit, für Urkunden- und Wechselsachen ein besonderes Mahnverfahren einzuführen. Dieses durch die §§ 15 und 16 der EntlVO eingeführte Urkunden- und Wechselmahnverfahren wurde dann in unveränderter Gestalt auch nach Aufhebung des Zwanges zum Mahnverfahren durch die §§ 3 und 4 der EntlVO von 1924 aufrecht erhalten. Zum Unterschied vom gewöhnlichen Mahnverfahren findet im Urkunden- und Wechselmahnverfahren eine Überleitung des Verfahrens nach erfolgtem Widerspruch ohne vorhergehendes Güteverfahren unmittelbar in den Urkunden- bzw. Wech-

---

[79] Pfenninger S. 52. Näheres über den Vollstreckungsgang bei Fritzsche S. 50—51.

[80] Gegen den Entscheid Appellation möglich (so Appenzell A.-Rh. Art. 3 I).

[81] Bis zum Jahre 1905 war noch kein derartiger Fall vorgekommen (Fritzsche S. 51).

[1] Nach dem Vorbild des preußischen Wechselmandats (Siméon-David Bd. II S. 493).

[2] Hellwig § 253 I 1 und III 1 b.

selprozeß statt. Dazu kommt, als Abweichung im Wechselmahnverfahren, die dem Wechselprozeß entsprechende Verkürzung der Widerspruchsfrist. Die Zulassung des sog. beschränkten, nur das Nachverfahren eröffnenden Widerspruchs hat wohl nur selten praktische Bedeutung gewonnen.

Auf Grund der gemachten Erfahrungen[3] sind die Verfasser des E von dem Gedanken ausgegangen, daß nur eine dem besonderen Schnellbeweischarakter der Urkunden- und Wechselansprüche gerecht werdende Verfahrensgestaltung das Urkunden- und Wechselmahnverfahren zu einem rechtspolitisch erwünschten Leben erwecken kann. Eine andere Frage ist, ob überhaupt die Beibehaltung der Trennung von Urkundenprozeß und Nachverfahren zweckmäßig ist. Wird ein Urkunden- oder Wechselzahlungsbefehl erwirkt, so kann der Rechtsstreit drei Verfahren durchlaufen: Mahnverfahren, Urkundenprozeß und Nachverfahren. Das führt zu Leerlauf und Verlangsamung! Es bleibt zu erwägen, ob nicht das österreichische Mandats- und Wechselverfahren, das demgegenüber Zahlungsbefehl, Haupt- und Nachverfahren zu einem einzigen, mit dem Zahlungsauftrag beginnenden und dessen Rechtskraft oder einem Urteil abschließenden Verfahren vereinigt, in weiterem Umfang als Vorbild zu nehmen ist.

Die wesentlichste Umgestaltung, die der E gegenüber dem geltenden Urkunden- und Wechselmahnverfahren bringt, ist die Bestimmung, daß Voraussetzung der Erlassung des Urkunden- bzw. Wechselzahlungsbefehls[4] die Vorlegung einer Urkunde bzw. eines Wechsels ist, aus der sich die Leistungspflicht des Schuldners ergibt (§ 811 I). Damit ist eine über die im Mahnverfahren vorgeschriebene Prüfung der Schlüssigkeit hinausgehende Prüfung der Begründetheit des An-

---

[3] Vgl. die scharfe Kritik des geltenden Verfahrens bei Stein-Jonas Anh. zu § 703 Anm. I.

[4] „Als Wechselzahlungsbefehl wird der Urkundenzahlungsbefehl über einen aus einem Wechsel im Sinn der Wechselordnung erhobenen Anspruch bezeichnet" (§ 812 I E).

spruchs eingeführt. Um Zweifel über den Umfang des Beweises („Beweis" oder „Glaubhaftmachung"; voller oder halber Beweis) auszuschließen, erklären die Verfasser des E den Urkunden- und Wechselzahlungsbefehl „an die Voraussetzungen des Urkundenprozesses gebunden".[5] Damit ist der fundamentale Grundsatz unseres Mahnverfahrens: Erlassung des Zahlungsbefehls auf einfache Behauptung des Gläubigers erstmals verlassen. Die Abkehr von diesem Grundsatz ist aber in Fällen, in denen notwendigerweise Behauptung und Beweis sich in ein und derselben Urkunde verkörpern, durchaus zweckmäßig; eine Trennung des Verfahrens im Behauptungs- und Beweisverfahren ist hier — wie die komplizierte Gestaltung im geltenden Recht (§§ 3, 4 der EntlVO von 1924) zeigt — nicht am Platze.

Worauf sich der Beweis durch Urkunden erstrecken muß, ist sonach aus den für den Urkundenprozeß maßgeblichen Bestimmungen zu entnehmen; gemäß § 558 E (§ 592 ZPO) sind „die sämtlichen zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Tatsachen durch Urkunden zu beweisen". Das, was der Gläubiger im Antrag auf Erlassung des Zahlungsbefehls zu behaupten hat, um einen Zahlungsbefehl zu erwirken,[6] hat er also durch Urkunden zu beweisen, um einen Urkunden-(Wechsel-)zahlungsbefehl zu erwirken. Dem schlüssig behaupteten entspricht der bewiesene Anspruch. Wie im Urkundenprozeß ist der im Urkunden- (Wechsel-)mahnverfahren verlangte Beweis durch Urkunden der volle, nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung zu beurteilende Beweis durch Urkunden.[7] Ob in Abweichung vom geltenden Recht Urkunden, die Träger des Rechtsverhältnisses selbst sind, zum Beweise zuzulassen sind, kann im Hinblick auf die

[5] E S. 472 § 811; merkwürdigerweise kommt dort ebensowenig wie in der Kritik zum Ausdruck, daß es sich in der Neuregelung der Voraussetzungen des Urkunden- und Wechselzahlungsbefehls um etwas gänzlich Neues handelt.

[6] S. oben S. 49 ff.

[7] RG 57 S. 42 ff., Stein-Jonas § 592 V.

Fassung des § 811 fraglich erscheinen. Die schriftlich fixierten Schuldverpflichtungen, deren Begünstigung die Beibehaltung und Umgestaltung des Urkunden- und Wechselmahnverfahrens dienen soll, sollen aber m. E. den Kreis der Urkunden nicht abschließend umgrenzen. Die Leistungspflicht des Schuldners kann sich i. S. des § 811 auch aus anderen, nur mittelbar beweisenden, Urkunden[8] ergeben. Es sind also wohl in Übereinstimmung mit dem Urkundenprozeß Urkunden aller Art zum Beweise zuzulassen, soweit nicht, wie beim Wechsel, die Verkörperung des Anspruchs in der Urkunde dem Anspruch wesentlich ist. Der Beweis kann also auch durch Urkunden geführt werden, die einzeln auch nicht voll beweisend sind, sondern erst in ihrer Verbindung miteinander die volle Überzeugung von der Wahrheit der behaupteten Tatsachen begründen.

Unter Urkunden sind nur schriftliche Urkunden zu verstehen; in welcher Sprache, mit welchen Schriftzeichen (z. B. stenographischen), ob mittels Hand oder auf mechanischem Wege geschrieben, ob mit Unterschrift versehen oder nicht, ist gleichgültig. Auch eigene Urkunden der Partei, z. B. Handelsbücher, oder Urkunden, die in einem Prozeß errichtet sind, wie Zustellungurkunden, sind nicht ausgeschlossen.[9] Voraussetzung für die Erlassung eines Urkundenzahlungsbefehls ist nur, daß sich aus ihnen der Richter die volle Überzeugung von der Wahrheit der behaupteten Tatsachen verschafft und daß — abweichend von § 559 II E — diese Urkunden vorgelegt werden.

Im geltenden Recht ist demgegenüber für das Urkunden- und Wechselmahnverfahren grundsatzgetreu, aber unpraktisch an dem Prinzip festgehalten, daß nur die Schlüssigkeit, nicht die Begründetheit des Anspruchs zu prüfen ist. Voraussetzung der Erlassung eines Urkunden- bzw. Wechselzahlungsbefehls ist neben den für den gewöhnlichen Zahlungs-

[8] Stein-Jonas § 592 V 1 a. E.

[9] Vgl. die Zusammenstellung bei Stein-Jonas § 592 V 1, 2, 3; auch Baumbach § 592 1, Rosenberg § 164 II 1 b d.

befehl geltenden Inhaltserfordernissen lediglich ein auf Erlassung des Urkunden- bzw. Wechselzahlungsbefehl gerichteter Antrag („Gesuch"; § 3 EntlVO). Dabei ist nach allgemeinem Grundsatz der Gebrauch des gesetzlichen Ausdrucks nicht erforderlich; es genügt vielmehr jede Erklärung, aus der unzweideutig der Wille des Gläubigers, diese Verfahrensart zu wählen, hervorgeht:[10] „die Statthaftigkeit der gewählten Prozeßart bedarf" — nach der umstrittenen Bestimmung des § 4 Nr. 3 EntlVO — „bei Erlaß des Zahlungsbefehls keiner Prüfung". Der Zahlungsbefehl ist demgemäß auch bei offensichtlicher Unstatthaftigkeit des genannten Verfahrens zu erlassen, und zwar als Urkunden- bzw. Wechselzahlungsbefehl, nicht etwa als gewöhnlicher Zahlungsbefehl.[11] Unter Statthaftigkeit der gewählten Prozeßart ist Beweisbarkeit der anspruchsbegründenden Tatsachen durch Urkunden nach § 592 bzw. § 600 der ZPO zu verstehen. Die Urkunden „sollen"[12] wohl in Urschrift oder in Abschrift dem Antrag auf Erlassung des Zahlungsbefehls beigefügt, auch in Abschrift mit dem Zahlungsbefehl zugestellt werden.[13] Erfolgt die Beifügung aber nicht, so hat das keinen Einfluß auf Recht und Pflicht des Gerichts, den beantragten Urkunden- oder Wechselzahlungsbefehl zu erlassen. Die Meinung, der Zahlungsbefehl sei als gewöhnlicher zu erlassen oder der Antrag sei zurückzuweisen oder dem Gläubiger sei die Nachreichung aufzugeben, widerspricht der gesetzlichen Regelung und dem von ihr verfolgten und durchgeführten Grundsatz. Auch die Versagung des Vollstreckungsbefehls in dem Fall, daß die Zustellung der Urkundsabschriften mit dem Zahlungsbefehl

[10] RG 96 S. 100 (für den Urkundenprozeß, hier entsprechend verwertbar); Prost „Rechtspfleger" 1928 S. 301.

[11] Stein-Jonas Anh. zu § 703 Anm. II, Freudenthal-Sauerländer Anh. III Anm. 2 zu § 3 EntlVO, jetzt auch Baumbach Anm. 1 zu § 3; unhaltbar Sydow-Busch-Krantz Anm. 8 zu § 4.

[12] Anders („müssen") im Urkundenprozeß, § 593 II.

[13] Die amtlichen Vordrucke enthalten eine dahingehende Erklärung.

unterblieben ist,[14] findet im Gesetz keine Grundlage. Die Unterlassung der durch § 4 Nr. 2 EntlVO gebotenen Beifügung der Urkunden hat vielmehr einzig und allein die Wirkung, daß in dem Streittermin nach erhobenem Widerspruch Versäumnisurteil gegen den Beklagten nicht ergehen und — wie sich aus § 593 II S. 2 ergibt — der erschienene Beklagte Vertagung verlangen kann, wenn ihm die Urkunden nicht noch vor dem Termin unter Wahrung eines der Einlassungsfrist entsprechenden Zeitraums zugestellt worden sind.[15]

Die Widerspruchsfrist, die im E für den gewöhnlichen Zahlungsbefehl vorbehaltlich ihrer Verkürzung durch das Gericht einheitlich auf eine Woche festgesetzt worden ist, ist in § 811 II E für den Urkundenzahlungsbefehl auf fünf Tage, in § 812 II E für den Wechselzahlungsbefehl auf zwei Tage festgesetzt worden. Unabhängig hiervon ist eine weitere Abkürzung der Frist auf Antrag des Gläubigers gemäß § 807 II möglich. Im geltenden Recht ist eine besondere Bemessung der Widerspruchsfrist für das Urkunden- und Wechselmahnverfahren nicht erfolgt. Es gilt die einwöchige (§ 692 S. 1 ZPO) bzw. die der etwa kürzeren Einlassungsfrist entsprechende (§ 692 S. 2 ZPO) Widerspruchsfrist des gewöhnlichen Mahnverfahrens. Im Urkundenmahnverfahren ist demgemäß die Widerspruchsfrist auf drei Tage bzw. eine Woche § 499 ZPO), im Wechselmahnverfahren auf 24 Stunden bzw. drei Tage bzw. eine Woche je nach Lage des Zustellungsorts gegenüber dem Sitz des Gerichts festzusetzen.

Auch in der Ausgestaltung des Widerspruchs, vor allem in der Beschränkung der zugelassenen Einwendungen und in der weiteren Gestaltung des Verfahrens, bringt der E eine völlige Umgestaltung gegenüber dem geltenden Rechtszustand. Während nach geltendem Recht durch einfachen Wi-

[14] So Sydow-Busch-Krantz Anm. 7 zu § 4 EntlVO; über den Vollstreckungsbefehl in diesem Fall vgl. zutreffend: Freudenthal-Sauerländer Anm. 6 zu § 4 EntlVO.

[15] Stein-Jonas Anh. I zu § 703 Anm. II, Prost „Rechtspfleger" 1928 S. 303.

derspruch das Mahnverfahren in den Urkunden- bzw. Wechselprozeß übergeleitet wird, das Mahnverfahren sich also mit Erhebung des Widerspruchs als lediglich zeitraubender Umweg herausgestellt hat, zieht der E die praktische Folgerung aus der von ihm eingeführten materiellen Prüfung des Anspruchs hinsichtlich seiner Begründetheit insofern, als auch die Verteidigung des Schuldners begründet und unter Beweis gestellt sein muß und je nach ihrer Art die Überleitung in verschiedene Verfahrensstadien bewirkt. Sowohl im Urkunden- wie im Wechselmahnverfahren ist der Schuldner demgemäß im Zahlungsbefehl aufzufordern, in seinem Widerspruch seine Einwendungen und Beweismittel anzugeben (§§ 811 III S. 1, 812 IV E). Zugleich soll der Zahlungsbefehl gemäß §§ 811 IV, 812 IV E eine Belehrung über die besonderen Erfordernisse und wohl auch die Wirkungen des Widerspruchs enthalten.[16] Im übrigen gestaltet der E — der Verschiedenheit der im Urkundenprozeß und im Wechselprozeß zulässigen materiell wirksamen Einwendungen entsprechend — das weitere Verfahren verschieden für den Urkundenzahlungsbefehl und den Wechselzahlungsbefehl. Im Urkundenmahnverfahren findet in jedem Fall des Widerspruchs die Überleitung des Mahnverfahrens in ein Streitverfahren statt. Im Wechselmahnverfahren sind demgegenüber nur (unter Beweisantritt vorgebrachte) wechselmäßige Einwendungen (d. h. die nach Art. 82 WO zulässigen) im Stande, zu einer Überleitung in das Streitverfahren zu führen. Grund dafür ist, daß im Wechselstreitverfahren und im ordentlichen Nachverfahren nur wechselmäßige Einwendungen durchdringen können.[17]

Darüber, ob Urkunden- bzw. Wechselprozeß oder ordentliches Streitverfahren stattfindet, entscheidet in beiden Fällen die Art der angerufenen Beweismittel: eine Überleitung in den Urkunden- bzw. Wechselprozeß findet nur statt, wenn

[16] E S. 473; der Gesetzestext läßt dies allerdings in keiner Weise erkennen.

[17] E S. 473 zu § 12. Die Regelung ist sehr zweckmäßig.

der Schuldner seiner Beweispflicht mit urkundenprozessualen Beweismitteln (Urkunden und Parteivernehmung:[18] § 560 II, III E) genügen kann.[19] Werden im Widerspruch schlüssige,[20] aber nicht im Urkundenprozeß beweisbare Einwendungen erhoben, so ist der Widerspruch — abweichend von der für das gewöhnliche Mahnverfahren getroffenen Regelung des § 807 III — vom Vollstreckungsgericht durch Beschluß zurückzuweisen (§§ 811 III S. 2, 812 III S. 2 E). Das gleiche gilt, wenn der Schuldner es unterlassen hatte, Beweismittel für seine Einwendungen zu benennen. Kommt er nicht einmal der Aufforderung zur Angabe seiner Einwendungen nach, so muß nach dem allgemein für das Mahnverfahren geltenden Zwang zur Begründung des Widerspruchs (§ 807 I S. 3) der Widerspruch unbeachtlich bleiben. Eine Erklärung, aus der nicht hervorgeht, „daß sich der Erklärende zu Unrecht in Anspruch genommen glaube", ist kein Widerspruch i. S. des Gesetzes. Das ist trotz der nicht klaren Fassung des Gedankens (§ 811 III S. 2) nicht zu bezweifeln.[21] Wird der Widerspruch als im Urkunden- bzw. Wechselprozeß unzulässig zurückgewiesen, so ist zugleich von Amts wegen — ein Vorbehaltsantrag wie in § 4 Nr. 4 EntlVO ist also nicht mehr erforderlich — auszusprechen, daß (in den Worten des Urkundenprozesses: § 564 E = § 599 ZPO) dem Schuldner die Ausführung seiner Rechte vorbehalten bleibt. Der Anspruch wird also gemäß § 800 I a. E. vollstreckbar. Zugleich wird die Sache nach den für das gewöhnliche Mahnverfahren geltenden Vorschriften (§§ 808 ff.) im ordentlichen Streitverfahren anhängig.

Sind für zulässige Einwendungen urkundenprozessuale Beweismittel vom Schuldner im Widerspruch benannt, so endet

---

[18] Entsprechend: Urkunden und Eidcszuschiebung im geltenden Recht (§ 595 II ZPO).

[19] E S. 473 zu § 811, vgl. zum folgenden auch Kisch LeipzZ 1931 S. 1363.

[20] Die Zulässigkeit der wechselmäßigen Einwendungen „muß aus dem Widerspruch ersichtlich sein" (§ 812 III S. 1 Halbs. 2).

[21] Übereinstimmend E S. 473 zu § 811 a. E.

das Verfahren gemäß § 308 I E; die Sache wird damit im Urkunden- bzw. Wechselstreitverfahren anhängig, das weitere Verfahren regelt sich nach den §§ 308 ff., 558 ff. E. Die Rechtshängigkeit gilt für die Fälle der Überleitung des Mahnverfahrens in das ordentliche oder Urkunden- bzw. Wechselstreitverfahren wie im gewöhnlichen Mahnverfahren als mit der Zustellung des Zahlungsbefehls eingetreten (§ 811 III S. 2 a. E.). Wie auch im geltenden Recht ist im E für Ansprüche aus Schecks der sachlich und verfahrensmäßig dem Wechselzahlungsbefehl entsprechende Scheckzahlungsbefehl beibehalten. Die dem Scheckanspruch gegenüber zulässigen Einwendungen ergeben sich aus dem dem Art. 82 WO entsprechenden § 18 II ScheckG, die Zulässigkeit des Verfahrens aus § 812 I E.

Im geltenden Recht ist der Widerspruch und das ihm folgende Streitverfahren gegenüber dem Urkunden- und Wechselzahlungsbefehl im wesentlichen wie das gewöhnliche Mahnverfahren geregelt. Eine grundsätzliche Abweichung besteht in der Einführung des sog. beschränkten Widerspruchs; durch § 4 Nr. 4 EntlVO ist dem Schuldner die Möglichkeit eröffnet, seinen Widerspruch auf den Antrag, ihm die Ausführung seiner Rechte vorzubehalten, zu beschränken. Dieser Vorbehalt, der in den auf Antrag des Gläubigers zu erlassenen Vollstreckungsbefehl aufzunehmen ist, bewirkt, daß das Mahnverfahren nunmehr in einen im Nachverfahren des Urkundenprozesses anhängigen Rechtsstreit übergeht (§ 4 Nr. 4 S. 2 EntlVO).[22] Die Rechtshängigkeit ist nach § 700 S. 1 ZPO auf den Zeitpunkt der Zustellung[23] des Urkunden- bzw. Wechselzahlungsbefehls zurückdatiert. Der Termin im Nachverfahren wird von Amts wegen, nicht erst auf Antrag einer Partei bestimmt (§ 600);[24] die Bestimmung

[22] Stein-Jonas Anh. I zu § 703 Anm. IV 2, Gehlert S. 120 ff.

[23] Nicht der Erlassung, wie es infolge eines Druckfehlers bei Stein-Jonas behauptet wird.

[24] Stein-Jonas a. a. O.; a. A. Sydow-Busch-Krantz Anm. 10 zu § 4 EntlVO, Freudenthal-Sauerländer Anm. 8 zu § 4 EntlVO.

des § 696 I gilt nur für das ordentliche Mahn- und Streitverfahren. Ein Einspruch gegen den unter dem Vorbehalt des Nachverfahrens erlassenen Vollstreckungsbefehl ist ausgeschlossen. Denn sachlich stellt der Einspruch nichts anderes dar als die Nachholung des versäumten Widerspruchs; in der Erhebung des beschränkten Widerspruchs kann aber nicht die Versäumung des Widerspruchs gesehen werden.[25] Ist der Vorbehalt versehentlich nicht beigefügt worden, so ist der Vollstreckungsbefehl nach § 319 ZPO zu berichtigen; unabhängig davon steht dem Schuldner wie gegen ein unzulässigerweise ergangenes Versäumnisurteil der Einspruch zu.[26] Ein Antrag auf Verweisung des Rechtsstreits an das Landgericht gemäß § 697 II ZPO ist auch in diesem Verfahren zulässig. Eine Bescheidung des Antrags kann aber erst im Nachverfahren, also nach Erlassung des Vollstreckungsbefehls in Frage kommen.

Bei Einlegung des beschränkten Widerspruchs tritt durch Wegfall des Urkundenstreitverfahrens eine erhebliche Beschleunigung sowohl gegenüber dem gewöhnlichen Mahnverfahren wie gegenüber dem Urkundenprozeß ein. Das logisch wohl durchdachte Rechtsinstitut des beschränkten Widerspruchs hat aber keinerlei praktische Bedeutung gewinnen können: der Schuldner, der Einwendungen erheben will, wird wohl kaum einen Vollstreckungstitel gegen sich ergehen lassen.[27]

Abgesehen von der Möglichkeit der Erhebung eines beschränkten Widerspruchs gestaltet sich das Urkunden- und Wechselmahnverfahren wie das gewöhnliche Mahnverfahren mit der Maßgabe, daß bei rechtzeitiger Erhebung des gewöhnlichen (unbeschränkten) Widerspruchs die Streitsache

---

[25] Bestritten! Wie hier Stein-Jonas a. a. O., Prost („Rechtspfleger" 1928 S. 305), Gehlert S. 122, Huth S. 63, Buff JW 1916 S. 658; a. A. Sydow-Busch-Krantz Anm. 9, Baumbach (nur wegen Vorbehalts!) Anm. 4 zu § 4 EntlVO.

[26] Stein-Jonas Anh. I zu § 703 Anm. IV 2.

[27] So zutreffend Wach JW 1915 S. 1104, Stein-Jonas a. a. O. Anm. 4.

ohne vorhergehendes Güteverfahren als im Urkunden- bzw. Wechselprozeß rechtshängig geworden anzusehen ist (§ 4 Nr. 1 EntlVO). Nimmt der Gläubiger vom Urkunden- oder Wechselprozeß Abstand, so tritt Rechshängigkeit im ordentlichen Verfahren gemäß § 696 III ZPO ein. Im übrigen beträgt die Ladungsfrist mindestens drei Tage; soweit die Einlassungsfrist — wie im Wechselprozeß — u. U. kürzer ist, entspricht sie dieser (§ 4 Nr. 5 EntlVO). Bezüglich des weiteren Verfahrens im Urkunden- bzw. Wechselprozeß bestehen keinerlei Besonderheiten.

Das Urkunden- und Wechselmahnverfahren des geltenden Rechts krankt vor allem an der mangelnden Ineinanderarbeitung zweier in vielem gegensätzlicher Verfahren: des Mahnverfahrens und des Urkunden- bzw. Wechselprozesses. Der E stellt demgegenüber schon die Erlassung des Urkunden- bzw. Wechselzahlungsbefehls, weiterhin die Verteidigung gegen ihn und das weitere Verfahren unter die für den Urkunden- bzw. Wechselprozeß maßgebenden Gesichtspunkte. Damit ist eine wesentliche Verbesserung erzielt.

Davon, den Wechsel unter die vollstreckbaren Urkunden aufzunehmen, hat der E mit Recht abgesehen.[28] Um Mißbrauch zu vermeiden, müßte den Protest- bzw. Vollstreckungsbeamten eine zu weitgehende Prüfungspflicht übertragen werden. Zudem steht dem Wechselgläubiger in dem Wechselmahnverfahren des E ein rasches und wirksames Verfahren zur Geltendmachung seines Wechselrechts zu Gebote.

Im österreichischen Recht besteht für gewisse Urkunds- und Wechsel- (auch Scheckregreß-) forderungen ein besonderes Verfahren, das Mandats- bzw. Wechselverfahren der österreichischen ZPO (§§ 548 ff., 555 ff.). Dieses Verfahren wird wie das Mahnverfahren mit einem gerichtlichen Erfüllungsbefehl, dem sog. Zahlungsauftrag, eingeleitet. Dieser Zahlungsauftrag, der nur nach einer materiellen Prüfung der Beweisurkunden erlassen wird, kann nicht wie der Zahlungs-

[28] E S. 473 zu § 812 a. E.

befehl durch einfachen, nicht begründeten Widerspruch des Schuldners, sondern nur durch bestimmte Einwendungen außer Kraft gesetzt werden. In diesem Falle tritt nicht wie im Mahnverfahren eine Beendigung des Verfahrens ein, das Verfahren wird vielmehr in ein einheitliches, konzentriertes Erkenntnisverfahren ohne Beweisbeschränkung übergeleitet. Das über den rechtlichen Bestand des Zahlungsauftrags entscheidende Urteil erledigt das Verfahren endgültig.[29]

Anders als der Zahlungsbefehl kann der Zahlungsauftrag nur in einer Klage beantragt werden. Für die Klage gelten die allgemeinen Zuständigkeitsvorschriften; für Wechsel- und Schecksachen sind die Handelsgerichte ausschließlich zuständig (§ 51 Ziff. 3 JurN). Der Kreis der zum Mandatsverfahren zugelassenen Ansprüche ist der gleiche wie nach deutschem Recht (Urkundenprozeß): Forderungen an Geld oder anderen vertretbaren Sachen ohne Wertgrenze. Im Wechsel- und Scheckregreßverfahren[30] sind nur Zahlungsansprüche zugelassen, im Wechselverfahren außerdem auch wechselrechtliche Sicherstellungsansprüche auf Grund der Art. 25 und 29 WO, wie sie auch im Wechselprozeß nach der deutschen ZPO erhoben werden können.[31] Diese Sicherstellungsansprüche können im österreichischen Wechselverfahren mittels sog. Sicherstellungsauftrags gemäß § 558 ZPO geltend gemacht werden.

Wie im deutschen Urkunden- und Wechselprozeß ist Voraussetzung des besonderen Mandats- bzw. Wechselverfahrens, daß alle Tatsachen, die die Forderung des Klägers gegen den Beklagten begründen, durch Urkunden der im Gesetz vorgeschriebenen Art bewiesen werden. Enger als das deutsche Recht läßt aber das österreichische Recht im Mandats-

---

[29] Pollak, System S. 728; keine Zweiteilung des Verfahrens wie im Urkundenprozeß des deutschen Rechts.

[30] Das Wechselverfahren ist durch § 24 ScheckG auf die Verfolgung scheckrechtlicher Regreßansprüche für anwendbar erklärt worden.

[31] Stein-Jonas § 602 I.

verfahren[32] nicht Urkunden jeglicher Art, sondern nur inländische öffentliche Urkunden, im Inland beglaubigte Privaturkunden und bestimmte Urkunden über inländische Grundbuchrechte[33] (§ 548 Ziff. 1—3 ZPO) zum Beweise zu. Die Urkunden müssen fernerhin in Urschrift beigebracht werden und „von unbedenklicher äußerer Form" sein; „Bedenken gegen die Echtheit dürfen nicht obwalten" (§ 557). Für das Mandatsverfahren ist — anders als für das Wechselverfahren — eine weitere Voraussetzung, daß sich nicht aus der Urkunde die Verjährung der Forderung ergibt, es sei denn, daß die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung durch im Verfahren zugelassene Urkunden nachgewiesen wird (§ 549 II). Im Fall der Rechtsnachfolge auf seiten des Gläubigers oder Schuldners muß auch diese Tatsache durch Urkunden gleicher Beschaffenheit nachgewiesen werden (§ 549 I).

Liegen alle diese Voraussetzungen vor, so erläßt das Gericht auf Antrag des Klägers „ohne vorhergehende mündliche Verhandlung und ohne Einvernehmung des Beklagten" gemäß § 550 den Zahlungsauftrag. In dem Zahlungsauftrag wird der Beklagte aufgefordert, binnen 14 Tagen (bei Wechselforderungen drei Tagen) nach Zustellung bei sonstiger Exekution den Schuldner wegen Anspruch und Kosten zu befriedigen oder Einwendungen gegen den Zahlungsauftrag zu erheben (§§ 550, 557). Der Zahlungsauftrag ist dem Beklagten nach den für Klagen geltenden Vorschriften (§§ 106 ff. ZPO), in der Regel also „zu eigenen Handen des Geklagten", zuzustellen. Kann wegen Fehlens der besonderen Verfahrensvoraussetzungen ein Zahlungsauftrag nicht erlassen werden, so ist, sofern die Klage den allgemeinen Anforderungen für die Eröffnung des gerichtlichen Streitverfahrens entspricht, zugleich mit der Verweigerung des Zahlungsauftrags das

[32] Im Wechselverfahren: Wechsel, gegebenenfalls Protest und Retourrechnung (§ 557 ZPO).

[33] Über die geringe praktische Bedeutung dieser Art von Urkunden vgl. Sperl S. 557, Neumann, Komm. S. 1436.

ordentliche Verfahren einzuleiten, also in der Regel die erste Tagsatzung auszuschreiben (§ 554); Rekurs ist dagegen nicht zulässig.[34] Gegen die Erlassung des Zahlungsauftrags ist als einziger Rechtsbehelf die Anbringung von Einwendungen gewährt. Nur die im Zahlungsauftrag enthaltene Entscheidung über die Kosten kann mit dem Rekurs angefochten werden. Im übrigen ist alles Vorbringen gegen den Zahlungsauftrag, sowohl das formeller wie das sachlicher Natur, mittels Einwendungen geltend zu machen.

Die Einwendungen sind innerhalb der Notfrist von 14 bzw. drei Tagen mittels Schriftsatzes (am Bezirksgericht auch zu Protokoll des Gerichtsschreibers) zu erheben. Nach Ablauf dieser Frist kann der Beklagte neue Einwendungen nicht mehr geltend machen, alle verspätet eingebrachten Einwendungen sind ohne Verhandlung zurückzuweisen (§ 552 II); gegen diese Zurückweisung ist der Rekurs möglich.[35] Erlangt der Beklagte erst nach Fristablauf Kenntnis von neuen einwendungsbegründeten Tatsachen, so ist er auf die Wiedereinsetzung gegen Versäumung der Einwendungsfrist oder auf die Oppositionsklage nach § 35 ExekO angewiesen.[36]

In dieser streng durchgeführten Eventualmaxime bezüglich der Einwendungen des Beklagten liegt ein Hauptgrund für die Wirksamkeit des österreichischen Mandats- und Wechselverfahrens.

Durch Erhebung frist- und formgerechter Einwendungen wird die Sache in dasjenige Stadium des Streitverfahrens gebracht, das im ordentlichen Verfahren nach der Klagebeantwortung eintritt. Das weitere Verfahren entspricht im wesentlichen dem ordentlichen Verfahren.[37] An Abweichungen ist hervorzuheben:[38] Eine Zurücknahme der Klage ohne Zustim-

---

[34] Sperl S. 558, Pollak, System S. 729, Neumann, Komm. S. 1452.

[35] Neumann, Komm. S. 1438, 1448.

[36] Neumann, Komm. S. 1439 mit Entscheidungen.

[37] Klein-Schauer, ZPO § 552 Anm. 5 Ziff. 2.

[38] Wechsel- und Scheckregreßsachen sind allgemein Ferialsachen (§ 224 I Ziff. 1 ZPO), im Mandatsverfahren verfolgte Ansprüche nur,

mung des Beklagten und ohne gleichzeitigen Verzicht auf den Anspruch ist nur bis zur Erhebung von Einwendungen (im ordentlichen Verfahren bis zum Beginn der ersten Tagsatzung, § 237) zulässig (§ 552 IV). Die Einwendungen können jederzeit, auch ohne Zustimmung des Klägers, zurückgenommen werden, und zwar nach Art und mit den Wirkungen der Rücknahme der Berufung (§§ 552 V, 484). In diesem Fall tritt der Zahlungsauftrag wieder in Wirksamkeit, und zwar mit der Folge sofortiger Rechtskraft; ein Urteil auf Anerkenntnis ist weder nötig noch möglich.[39] Das das Mandats- bzw. Wechselverfahren beendigende Urteil ergeht, der Sonderart der Verfahrenseinleitung entsprechend, entweder auf Aufrechterhaltung des an den Beklagten erlassenen Zahlungsauftrags oder auf dessen (völlige oder teilweise) Aufhebung. Gegen das Urteil sind die gewöhnlichen Rechtsmittel gegeben.

Sind gegen den Zahlungsauftrag zulässige Einwendungen nicht erhoben, so wird er vollstreckbar; der Zahlungsauftrag ist ein Exekutionstitel nach § 1 Ziff. 2 ExekO. Der Kostenrekurs hat auf die Vollstreckbarkeit keinen Einfluß.[40] Vor Ablauf der Frist zur Erhebung der Einwendungen kann der Kläger Exekution zur Sicherstellung verlangen, wenn er dem Gericht glaubhaft macht, daß ohne diese die Einbringung der zuerkannten Geldforderung vereitelt oder erheblich erschwert werden würde oder daß zum Zwecke ihrer Einbringung das Urteil im Ausland vollstreckt werden müßte (§ 370 ExekO). Sind Einwendungen erhoben, so ist kraft der ausdrücklichen Sonderbestimmung des § 371 Ziff. 2 ExekO auf Antrag die Exekution zur Sicherstellung auch ohne Glaubhaftmachung der erwähnten Dringlichkeitsgründe zu bewilligen.

---

wenn der Streitwert Sch. 150.— nicht übersteigt (§ 224 Ziff. 7; Pollak, System S. 729).

[39] Sperl S. 559, Neumann, Komm. S. 1440 zu § 552.

[40] Klein-Schauer, ExekO § 1 Ziff. 2 Anm. 4, Neumann, Komm. S. 1448.

In diesem beschleunigten Vollstreckbarwerden des Zahlungsauftrags liegt ein weiterer wesentlicher Grund für die Wirksamkeit des österreichischen Mandats- und Wechselverfahrens.

Gegen die Versäumung der Frist zur Erhebung von Einwendungen ist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach den allgemeinen Bestimmungen (§§ 146 ff. ZPO), also im Falle der Verhinderung durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis, zulässig.[41] Im übrigen ist gegen den vollstreckbar gewordenen Zahlungsauftrag ebenso wie gegen das rechtskräftig über den Bestand des Zahlungsauftrags entscheidende Urteil nur die Nichtigkeits- und Wiederaufnahmsklage gegeben.

Die Grundsätze des Mandatsverfahrens haben ferner durch Sondergesetz von 1872 im Syndikats- (Staatsschadenshaftungs-)verfahren für den Regreßanspruch des schadenspflichtig gewordenen Staats gegen den schuldtragenden Beamten Anwendung gefunden (§§ 19 ff. d. Ges.). Voraussetzung dieses Regreßanspruchs ist, daß das Verschulden des Beamten durch Straf- oder Disziplinarurteil festgestellt ist. In diesem Fall hat das (in 1. Instanz ausschließlich zuständige!) Oberlandesgericht des Syndikatsprozesses auf Antrag der Finanzprokuratur gegen den Beamten einen Zahlungsbefehl (richtiger: Zahlungsauftrag) auf Rückersatz der vom Staat geleisteten Entschädigung zu erlassen. Gegen diesen Zahlungsbefehl können unter denselben Voraussetzungen und mit den gleichen Wirkungen wie im Mandatsverfahren binnen 14 Tagen Einwendungen erhoben werden.[42]

Im schweizerischen Recht ist ein besonderes Zahlungsbefehlsverfahren für Urkundsansprüche gem. Art. 177 SchKG nur für Wechselansprüche gegen die der Konkursbetreibung unterliegenden, im Handelsregister eingetragenen Personen,

---

[41] Sperl S. 559.

[42] Gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts steht die Berufung an den Obersten Gerichtshof frei (§ 20 III d. Ges.).

insbesondere Kaufleute, bekannt.[43] Alle übrigen durch Urkunden oder Wechsel belegten Forderungen fallen unter das gewöhnliche Zahlungsbefehls- (bzw. kantonale Rechtsbot-) verfahren. Dabei ist zu bemerken, daß der Wechsel als „eigenhändige Schuldanerkennung" stets,[44] die Urkunde häufig einen nach Art. 82 SchKG zur Rechtsöffnung geeigneten Titel darstellen wird.

Der Wechselzahlungsbefehl (Zahlungsbefehl in der Wechselbetreibung, Art. 178 SchKG) kann nur für Forderungen verlangt werden,[45] die sich auf einen Wechsel oder Scheck gründen, sofern der Schuldner der Konkursbetreibung unterliegt (Art. 177 SchKG). Der Wechsel oder Scheck ist dem Betreibungsamt zu übergeben. Erachtet dieses die formellen Verfahrens- und die materiellen und formellen Wechselrechtserfordernisse für vorliegend, so hat es unverzüglich den Wechselzahlungsbefehl zu erlassen und dem Schuldner zuzustellen. Die im Wechselzahlungsbefehl zu bestimmende Frist zur Zahlung bzw. Sicherheitsleistung ist ebenso wie die Rechtsvorschlagsfrist auf fünf Tage festgesetzt (Art. 177). Abweichend vom gewöhnlichen Zahlungsbefehlsverfahren muß der Rechtsvorschlag hier, um wirksam zu sein, schriftlich unter Angabe der Gründe erhoben werden. Das Betreibungsamt hat den Rechtsvorschlag binnen fünf Tagen dem Richter zum Entscheid vorzulegen (Art. 181). Rechtsvorschlag kann hier nur bewilligt werden:[46] 1. wenn durch Urkunden bewiesen wird, daß die Schuld an den Inhaber des Wechsels oder Schecks bezahlt oder durch denselben nachgelassen oder gestundet ist, 2. wenn Fälschung des Titels glaubhaft gemacht wird, 3. wenn eine aus dem Wechselrecht hervorgehende Einrede begründet erscheint, 4. wenn eine an-

[43] Wer der Konkursbetreibung unterliegt, ergibt sich aus der Aufzählung in Art. 39 SchKG.

[44] Jäger I Art. 82 Anm. 4.

[45] Auf die Wechselbetreibung sind die Betreibungsferien ohne Einfluß.

[46] Die hier zugelassenen Rechtsvorschlagsgründe sind gegenüber der Regelung im deutschen E von besonderem Interesse.

dere, wechselrechtlich (nach Art. 811 OR) zulässige Einrede erhoben und glaubhaft gemacht wird: in diesem Falle jedoch nur gegen Sicherheitsleistung (Art. 182).

Verweigert das Gericht die Bewilligung des Rechtsvorschlags, so kann es vorsorgliche Maßnahmen treffen; nötigenfalls kann auch dem Gläubiger eine Sicherheitsleistung auferlegt werden. Gegen den Entscheid des Gerichts ist innerhalb von fünf Tagen Berufung an die höhere Gerichtsinstanz zulässig. Ist der Wechselzahlungsbefehl mangels Rechtsvorschlags oder nach dessen Beseitigung durch Rechtsöffnung vollstreckbar geworden, so kann der Gläubiger binnen einem Monat das Konkursbegehren stellen (Art. 188 SchKG), auf das hin das Gericht sodann ohne Parteiverhandlung die Konkurseröffnung ausspricht.

Das schweizerische Zahlungsbefehlsverfahren in der Wechselbetreibung ist auf Grund seiner straffen, bis ins einzelne gegliederten Regelung und der schweren dem Schuldner drohenden Gefahren eine scharfe Waffe in der Hand des Gläubigers.

X. Das mahnverfahrensähnliche Kündigungs- und Räumungsverfahren.

Von verwandten Rechtsinstituten sind noch die mahnverfahrensähnlichen Verfahren auf Kündigung von Grundstücksverträgen und Durchsetzung der daraus entspringenden Räumungsansprüche zu erwähnen.

Im deutschen Recht ist durch die Nov. zum Mieterschutzgesetz vom 13. Februar 1928 (RGBl 1928 I S. 17) für die dem Mieterschutzgesetz unterliegenden Mietverhältnisse ein dem deutschen Mahnverfahren nachgebildetes Kündigungs- und Räumungsverfahren geschaffen.[1] Die Anlehnung an das Mahnverfahren beschränkt sich aber auf die Art der Verfahrens-

[1] Stein-Jonas Anh. II zu § 703 Anm. I, Goldschmidt § 77 a 1, Meyerowitz S. 337 ff., Mittelstein-Stern Anh. zu § 1 a.

durchführung[2] und die rechtliche Bedeutung und Behandlung des sog. Räumungsbefehls. Das Verfahren kann nur aus den Gründen eingeleitet werden (§§ 2 bis 4a d. Ges.), die den Vermieter zur Erhebung der Aufhebungsklage berechtigen (§ 1 d. Ges.). Ob der Vermieter den Weg der Aufhebungsklage oder des gerichtlichen Kündigungsverfahrens beschreiten will, steht in seiner freien Wahl. Das Verfahren beginnt mit der Einreichung des Kündigungsschreibens, dessen Mindestinhalt § 1 b II festsetzt, beim Amtsgericht. Erachtet dieses — zuständig ist funktionell der Urkundsbeamte (so Preußen) — das Kündigungsschreiben für zulässig und schlüssig, so hat es von Amts wegen dessen Zustellung zu veranlassen.[3] In dem Kündigungsschreiben ist der Mieter darauf hinzuweisen, daß gegen ihn, wenn er nicht fristgemäß Widerspruch erhebt, ein gerichtlicher Räumungsbefehl erlassen werden kann (§ 1 d II). Die Widerspruchsfrist ist auf zwei Wochen nach Zustellung festgesetzt. Erhebt der Schuldner rechtzeitig Widerspruch, so kann der Gläubiger[4] binnen weiteren zwei Wochen Gütetermin[5] über die Aufhebung des Mietverhältnisses beantragen; das Kündigungsschreiben gilt dann als Güteantrag. Andernfalls verliert die Kündigung ihre Kraft (§ 1 e II).

Erhebt der Schuldner nicht rechtzeitig Widerspruch, so ergeht auf Antrag des Gläubigers[6] der Räumungsbefehl gegen den Schuldner. In diesem wird ihm aufgegeben, den Mietraum zu dem im Kündigungsschreiben bezeichneten Zeitpunkt dem Vermieter herauszugeben und die Kosten des Ver-

---

[2] Eingehende Vorschriften über die büromäßige Behandlung enthält § 30 GeschO (Preußen).

[3] Wegen des Verfahrens bei Zurückweisung vgl. § 1 b V d. Ges.

[4] Anders als im Mahnverfahren kann der Schuldner nicht Termin beantragen.

[5] (Nach Aufhebung der Mietschöffengerichte) vor dem Amtsrichter allein.

[6] Dieser Antrag muß — vgl. § 701 ZPO für das Mahnverfahren binnen einem Monat gestellt sein.

fahrens zu tragen (§ 1 f I). Bezüglich der büromäßigen Behandlung, der Erlassung und der Zustellung des Räumungsbefehls gelten die Vorschriften des Mahnverfahrens (§ 1 f III und IV). Der Räumungsbefehl steht einem auf eine Aufhebungsklage ergangenen Versäumnisurteil gleich; die Einspruchsmöglichkeit ist aber gegenüber dem Mahnverfahren in rechtspolitisch bedeutsamer und lehrreicher Weise eingeschränkt: materielle Einwendungen gegen die vorgebrachten Kündigungsgründe sind nur zulässig, wenn die Versäumung des rechtzeitigen Widerspruchs unverschuldet war.[7] Unbeschränkt ist der Einspruch nur bei Verfahrensrügen zulässig und wirksam (§ 1 h). Auf die Vollstreckung des Räumungsbefehls finden die für die Vollstreckung von Urteilen geltenden Vorschriften, insbesondere also § 885 ZPO, entsprechende Anwendung. Hat der Mieter, ohne der Kündigung zu widersprechen, Gewährung einer Räumungsfrist beantragt, so gilt dieser Antrag bei Schweigen oder Verweigerung des Einverständnisses seitens des Vermieters als Widerspruch gegen die Kündigung (§ 1 k).

Das Kündigungs- und Räumungsverfahren nach dem Mieterschutzgesetz hat in der Praxis keinerlei Bedeutung erlangt.[8] Auf Grund der gemachten Erfahrungen hat sich gezeigt, daß es in der Mehrzahl der Fälle zu einer nutzlosen Belastung des Gerichts und der Parteien führt.[9] Der Anreiz, auch in aussichtslosen Fällen zur Hinauszögerung der Räumung Widerspruch zu erheben, ist bei lebenswichtigen Mietstreitigkeiten naturgemäß groß. Im übrigen handelt es sich bei Mietaufhebungssachen wohl stets um verwickelte, mit den einseitigen Geldleistungsansprüchen des Mahnverfahrens nicht vergleichbare Rechtsverhältnisse. Zudem ist dem Vermieter

[7] Auch durch rechtzeitige Erklärung des Mieters, daß er die Herausgabe ablehne (schlüssige Widerspruchserklärung!) wird das Einspruchsrecht in vollem Umfang erhalten.

[8] Mittelstein-Stern Anh. S. 17, Stein-Jonas Anh. II zu § 703 Anm. I a. E.

[9] Vgl. die Kritiken bei Meyerowitz S. 139 ff.

in der Aufhebungsklage des Mieterschutzgesetzes ein einfaches und schnelles Verfahren zur Erwirkung eines vollstreckbaren Räumungsurteils gegeben. Durch die weitere Lockerung der Wohnungszwangswirtschaft durch NotVO vom 8. Dezember 1931, nach der nunmehr nur noch die billigsten Mieträume[10] dem Mieterschutzgesetz unterstehen, ist die Bedeutung des Verfahrens noch mehr zurückgegangen.

Eine Aufnahme des Kündigungs- und Räumungsverfahrens in den E oder in ein etwaiges neues Mietrecht empfiehlt sich nicht. Als Versuch, den Gedanken des Mahnverfahrens auf andere Gebiete zu übertragen, wird es in seiner jetzigen Ausgestaltung stets von Bedeutung sein.

Das Kündigungs- und Räumungsverfahren nach dem Mieterschutzgesetz hat sein Vorbild in dem Bestandverfahren der österreichischen ZPO (§§ 560 ff.).[11] In Bestandsachen (Miet- und Pachtverträgen über Grundstücke) kann jede Partei die gerichtliche Mitwirkung zur Auflösung des Vertrags und Räumung bzw. Übernahme des Grundstücks in Form eines Gerichtsbefehls herbeiführen. Wird diesem Gerichtsbefehl fristgemäß vom Gegner widersprochen, so ist der nun entstandene Streit im Prozeßwege auszutragen; wird nicht widersprochen, so wird der Gerichtsbefehl vollstreckbar.

Das Gesetz scheidet die Verfahrensarten danach, ob der zu Grunde liegende Bestandvertrag nur durch Kündigung einer Partei oder von selbst durch Zeitablauf erlischt. Ist eine Kündigung erforderlich, so beginnt das Verfahren mit der gerichtlichen (oder notariellen) Aufkündigung. Ihre Zustellung ist Sache des Gerichts. Dem Empfänger wird auf Antrag des Gesuchstellers „aufgetragen, bei sonstiger Zwangsvollstreckung entweder den Bestandgegenstand zur bestimmten Zeit zu übergeben bzw. zu übernehmen oder gegen die Auf-

[10] Bis zu einer je nach Ortsklasse zwischen Reichsmark 450.— und 1600.— schwankenden Jahresfriedensmiete.

[11] Die Anfänge dieses Verfahrens reichen bis in den Beginn des 18. Jahrhunderts (Pollak S. 722) zurück.

kündigung seine Einwendungen bei Gericht anzubringen" (§ 562 I S. 2). Erlischt der Bestandvertrag dagegen durch Zeitablauf, so kann jeder der beiden Beteiligten vor Ablauf der Vertragszeit unmittelbar die Erlassung des Übergabs- (Räumungs-) bzw. Übernahmsauftrags (§ 567) an den Gegner verlangen. Die Frist zur Erhebung der Einwendungen beträgt im allgemeinen acht Tage. Die Erhebung von Einwendungen hindert den Eintritt der Vollstreckbarkeit des gerichtlichen Auftrags und leitet das streitige Verfahren ein (§ 571); eine Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Einwendungsfrist ist nicht zulässig. Werden Einwendungen nicht oder nicht rechtzeitig erhoben, so werden die Aufkündigung und der Übergabs- oder Übernahmsauftrag rechtskräftig und vollstreckbar. Die Vollstreckung erfolgt als direkte Exekution (zwangsweise Räumung) nach § 349 ExekO. Die Entscheidungen wirken Rechtskraft und Vollstreckbarkeit auch gegen den Afterbestandnehmer. Im Interesse unbilliger Verzögerung und Rechtsunsicherheit treten alle in Bestandsachen entstehenden Titel (Aufkündigungen, gerichtliche Aufträge, Urteile, Vergleiche) trotz Rechtskraft und Vollstreckbarkeit außer Kraft, wenn nicht binnen 14 Tagen nach Beginn der Übergabs- oder Übernahmszeit Vollstreckung beantragt wird (§ 575).

Durch Einführung des Mietengesetzes (von 1922/1929) und der PächterschutzVO (von 1925) ist für die unter Schutz gestellten Grundstücke das Verfahren geändert worden.[12]

In der Schweiz können Ansprüche auf Räumung von Grundstücken in den Kantonen, die ein Rechtsbotverfahren kennen, unmittelbar durch Rechtsbot geltend gemacht und gegebenenfalls vollstreckt werden.[13]

---

[12] Klein-Schauer, ZPO Anm. zu §§ 560 ff., Pollak S. 722, Sperl S. 563.

[13] Näheres s. oben S. 34.

XI. Zwang zum Mahnverfahren?

Irgendwelchen Zwang zum Mahnverfahren kennt das geltende deutsche Recht nicht. Bei Schaffung der ZPO ist im Gegensatz zu verschiedenen einzelstaatlichen Regelungen (insbesondere der preußischen) das Mahnverfahren ausdrücklich für keine Art von Ansprüchen für obligatorisch erklärt worden.[1] Jeder Zwang zur bedingungslosen Wahl des Mahnverfahrens wurde als hemmend und u. U. verzögernd gekennzeichnet. Erst in der Notzeit des Weltkrieges wurde durch die EntlVO von 1915 zwecks Entlastung der Gerichte dieser Grundsatz verlassen und das Mahnverfahren für alle im Mahnverfahren verfolgbaren Ansprüche, sei es amts-, sei es landgerichtlicher Zuständigkeit, für obligatorisch erklärt. Nach § 14 I EntlVO war grundsätzlich jede auf einen mahnfähigen Anspruch gerichtete Klage als Gesuch um Erlassung eines Zahlungsbefehls zu behandeln. Das Mahnverfahren war nur dann vermeidbar, wenn der Kläger glaubhaft machte, der Beklagte werde den Anspruch bestreiten und sich auf die Klage einlassen. Das mit der EntlVO erstrebte Ziel einer wirklichen Entlastung der Gerichte ist nicht erreicht worden. Schon 1916 mußte der Zwang zum Mahnverfahren für die landgerichtlichen Sachen fallen gelassen werden; für die amtsgerichtlichen wurde das obligatorische Mahnverfahren erst durch die VO vom 11. Dezember 1924 bzw. 19. Juni 1925 beseitigt. Damit verschwand eine Institution, der niemand eine Träne nachweinte, höchstens der faule, auf Verzögerung und Verschleppung bedachte Schuldner. Die Wahl: ob Mahn- oder Klageverfahren steht seither wieder im freien Belieben des Gläubigers. Dort, wo wegen Unstreitigkeit und Einfachheit seiner Forderungen der Gläubiger mit der schweigenden Unterwerfung des Schuldners rechnen darf, wird er auch ohne gesetzliche Zwangsbestimmung im Interesse der Kosten- und Zeitersparnis in der Regel einen Zahlungsbefehl erwirken.

[1] Mot. S. 376, 377.

Von einer Wiedereinführung des alten obligatorischen Mahnverfahrens sieht denn auch der E auf Grund der gemachten schlechten Erfahrungen ab. Er will aber in anderer Weise „dem Gläubiger um seines eigenen Nutzens willen nahe legen",[2] sich des Mahnverfahrens in den Fällen, in denen es zulässig und erfolgversprechend ist, zu bedienen. Dieser Gedanke der Verfasser des E hat aber im Gesetz selbst einen Ausdruck gewonnen, der über ein „Nahelegen" hinaus doch wieder einen, wenn auch abgeschwächten Zwang zum Mahnverfahren ausübt. Gemäß § 207 II E „soll" der Kläger, der mit der Klage einen im Mahnverfahren verfolgbaren Anspruch geltend macht, in der Klageschrift den Grund angeben, der die klageweise Geltendmachung rechtfertigt. Ein solcher Grund ist in erster Linie Bestreitung der Verpflichtung durch den Beklagten, kann aber auch ein anderer sein, z. B. ein obwaltendes rechtliches Interesse an der rechtskräftigen Feststellung des Anspruchs.[3] Abweichend von den Bestimmungen der EntlVO ist die Angabe des den Klageweg rechtfertigenden Grundes nicht mehr eine Voraussetzung für die Behandlung der Klage als Klageschrift im Streitverfahren. Auch eine Glaubhaftmachung des Grundes ist nicht im E gefordert. Die Vorschrift des § 207 II E ist als reine Sollvorschrift gefaßt, ihre Nichtbefolgung steht daher der Wirksamkeit der Klageerhebung nicht im Wege.[3]

Dafür treffen den Kläger, der entweder überhaupt keinen oder einen nicht stichhaltigen Grund in der Klage angegeben hat, andere Nachteile. Erkennt nämlich der Beklagte im ersten Verhandlungstermin den Anspruch an oder läßt er Versäumnisurteil gegen sich ergehen,[4] so hat der Kläger in diesem Fall die Kosten des Rechtsstreits insoweit zu tragen, als sie diejenigen des Mahnverfahrens übersteigen (§ 94 II E). Aus der Unterwerfung des Beklagten und den fehlenden oder un-

[2] E S. 403.

[3] E S. 309 zu § 207.

[4] Das gilt natürlich nur für ein den Streit endgültig erledigendes Versäumnisurteil.

zureichenden Angaben eines Grundes für die Wahl des Klageweges schließt der Gesetzgeber ein für allemal darauf, daß ein Streit nicht bestanden habe und es dem Kläger nur auf Erlangung eines Vollstreckungstitels angekommen sei.[5] Für diesen Fall stellt aber das Gesetz ein anderes, nunmehr durch Strafdrohung (§ 807 IV E) gegen Mißbrauch gesichertes Verfahren zur Verfügung, zu dessen Wahl es den Gläubiger auf Grund der neu eingeführten Verfahrenskautelen mit mittelbarem Zwang anhalten zu dürfen glaubt. Die den E beherrschende Idee von der sozialen Funktion des Gerichtsverfahrens führt aber dahin, dem Sozialinteresse an der Fernhaltung unstreitiger oder voraussichtlich unbestritten bleibender Ansprüche vom Klageverfahren den Vorrang vor dem Individualinteresse des Gläubigers an unbeschränkt freier Wahl des einzuschlagenden Verfahrens zu geben. Dabei ist nicht zu verkennen, daß die Kostenvorschrift des § 94 II E — eine Mußvorschrift — Unsicherheit und Verzögerung in das Verfahren tragen wird. Um nicht durch eine fehlende Angabe des Grundes sich der Kostentragung nach § 94 II auszusetzen, wird die Praxis dazu übergehen, in Zukunft jeder Klage einen weiteren formularmäßigen Zusatz beizufügen, daß nach dem Verhalten des Schuldners mit seinem Widerspruch zu rechnen sei.[6] Soll die Vorschrift des § 94 II nicht nur auf dem Papier stehen — und dann wäre ihre Streichung das Gegebene — so wird der Richter nunmehr auch kein Anerkenntnis- oder Versäumnisurteil ergehen lassen können, ohne Verhandlungen und Erörterungen, ja u. U. Beweisaufnahmen über die Frage des „zureichenden Grundes" vorzunehmen. Soll der Richter ohne Prüfung des diesbezüglichen klägerischen Vorbringens nach Gefühl oder Ermessen urteilen, so wird der Boden des Rechts verlassen. Soll aber über die Grundlage der Kostenauferlegung verhandelt werden, so wird sich der Segen des nichtstreitigen Verfahrens in einen Fluch verwan-

[5] E S. 294 zu § 94.
[6] Held JW 1931 S. 3503.

deln, der zu einer schweren, außer Verhältnis zu dem möglichen Erfolg stehenden Belastung der Gerichte und Verzögerung des Verfahrens führen wird.

Der Gedanke des E, die Kosten der Klage bei im Mahnverfahren verfolgbaren Ansprüchen dem Gläubiger insoweit aufzuerlegen, als sie die Kosten des Mahnverfahrens übersteigen, hat denn auch in der Kritik von seiten der Theorie[7] wie von seiten der Praxis[8] durchweg Ablehnung gefunden. Schon bei Schaffung der geltenden ZPO war die Frage aufgetaucht, ob dem Gläubiger die Mehrkosten der Klage gegenüber dem Mahnverfahren wenigstens dann zur Last zu legen seien, wenn er oder sein Vertreter die Sache nur zur Erzielung höherer Gebühren im ordentlichen Verfahren anhängig gemacht habe.[9] Sogar für diesen Fall hatte man von einer Regelung angesichts der Schwierigkeit der ex post erforderlichen Prüfung Abstand genommen und sich m. R. mit dem Hinweis auf § 91 ZPO — Erstattungspflicht nur der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Kosten — begnügt. So wird denn auch in der Praxis die Erstattungsfähigkeit der Kosten nach § 91 ZPO dann verneint, wenn das Mahnverfahren unzulässig war. Andererseits kann die Überzeugung des Gerichts davon, daß die Durchsetzung des Anspruchs im Mahnverfahren einfacher und billiger hätte geschehen können, nicht dazu führen, dem siegreichen Kläger den Mehraufwand an Verfahrenskosten aufzuerlegen.[10] Ebensowenig sind umgekehrt die Kosten des Mahnverfahrens in dem nachfolgenden Rechtsstreit schon deshalb als unnötig abzusetzen, weil der Gläubiger den Widerspruch hätte voraussehen können (§§ 698, 91 ZPO).[11] Jeder Kostenstreit führt in diesen

---

[7] Rosenberg DJZ 1932 S. 46.

[8] Günther JW 1931 S. 2443, Held JW 1931 S. 3503.

[9] U. U. ehrengerichtliches Einschreiten gegen den Rechtsanwalt (Mot. S. 379, Skedl S. 169).

[10] Stein-Jonas Vorbm. II vor § 688; Baumbach § 697 4; Skedl S. 169.

[11] Stein-Jonas § 698 I 3b, Vorbm. II vor § 688.

Fällen, wie oben dargelegt, zu Weiterungen, deren Ergebnis außer Verhältnis zu einem möglichen Erfolge steht.

Im österreichischen Recht besteht kein irgendwie gearteter Zwang zum Mahnverfahren.

In der Schweiz ist die Regelung der Frage, ob und inwieweit durch Zahlungsbefehl verfolgbare Ansprüche wahlweise durch Zahlungsbefehl (oder Klage) oder zunächst ausschließlich durch Zahlungsbefehl geltend zu machen sind, den kantonalen Prozeßordnungen überlassen. Die Frage ist dort verschieden gelöst, im allgemeinen zugunsten freier, auch nicht durch evtl. Kostennachteile beengter Wahl des Gläubigers.

Auch dort, wo sich Rechtsbotverfahren erhalten haben, ist die Entscheidung, ob ein Zwang in diesem Verfahren besteht, nicht einheitlich. St. Gallen läßt dem Gläubiger die Wahl, Appenzell gestattet — wie bei betreibungsfähigen Ansprüchen nur den Zahlungsbefehl — bei mittels Rechtsbots verfügbaren Ansprüchen nur die Erwirkung eines Rechtsbots (Appenzell A.-Rh. Art. 1, I.-Rh. Art. 24).

XII. Statistische Angaben über das Mahnverfahren.

Die praktische Bedeutung des Mahnverfahrens in den Ländern des deutschen Rechtskreises ist seit jeher groß gewesen. In Deutschland erfreute sich das Mahnverfahren schon vor Inkrafttreten der geltenden ZPO in den einzelnen deutschen Staaten großer Beliebtheit. Im Durchschnitt der Jahre 1868—1870 wurden in Bagatellsachen (im östlichen Preußen, in Hannover und in Baden) über 78 % aller Zivilrechtsstreitigkeiten durch Zahlungsbefehl erledigt.[1] Die Statistik berichtet, daß im gleichen Zeitraum Widerspruch gegen $11^1/_2$ (Hannover) bzw. $16^2/_3$ % (Oldenburg) aller Zahlungsbefehle eingelegt wurde. Nach Einführung der ZPO (1879) ist die Zahl der Mahnsachen zwar absolut durch das starke Anwachsen aller Rechtsstreitigkeiten stark gestiegen, prozentual aber durch Abschaffung jeglichen Zwangs zur Wahl des

[1] Mot. S. 379.

Mahnverfahrens zurückgegangen. Erst die letzten Jahre haben unter der Nachwirkung des vorübergehend obligatorischen Mahnverfahrens (1915—1925) wieder eine starke einseitige Zunahme der Mahnsachen gebracht. Mit einer Zahl von rund $5^1/_2$ Millionen — dem Zweieinhalbfachen des letzten Vorkriegsjahres — stellen die gewöhnlichen Mahnsachen in Preußen im Jahre 1929[2] etwa 70 % aller erstinstanzlichen gewöhnlichen Streitsachen dar.

In Österreich ist die Bedeutung des Mahnverfahrens wesentlich geringer. Dabei ist zu beachten, daß das österreichische Recht ein besonderes Bagatellverfahren für Ansprüche bis zu z. Z. Sch. 150.— (ca. RM. 90.—) kennt, und daß weiterhin nur Ansprüche bis zu einer bestimmten Höhe — z. Z. Sch. 1500.— (ca. RM. 900.—) im Mahnverfahren verfolgt werden können. Die Zahl der Mahnsachen, die sich in den Jahren 1900—1910 absolut und prozentual etwa verdoppelt hatte,[3] machte im Jahre 1924 nach vorübergehendem starkem Abflauen mit über 100000 wieder ungefähr 40 % aller bezirksgerichtlichen Prozeßsachen aus.[4] Außerordentlich groß ist dagegen in Österreich die Bedeutung des Wechselverfahrens, während das Mandatsverfahren nur wenig Anwendung findet.[5]

In der Schweiz ist der Zahlungsbefehl als Mittel der Geltendmachung von Forderungen, auch soweit er nicht obligatorisch ist, wegen der Billigkeit und Schleunigkeit des Verfahrens sehr beliebt. Statistische Nachweise über das Verhältnis der prozeß- und betreibungsweisen Verfolgung von Ansprüchen sind mir nicht zugänglich gewesen.

---

[2] Auszug aus der preußischen Justizstatistik, vgl. E S. 285/6.
[3] Klein-Engel S. 485 und Tabelle 26 (S. 478).
[4] Klein-Engel S. 485 Anm. 40 und Tabelle V (S. 396).
[5] Klein-Engel S. 481.

D. Schlußbetrachtung.

Die große Bedeutung des Mahnverfahrens in den Ländern des deutschen Rechts- und Kulturkreises ist einmal auf die geschichtliche Verwurzelung des Verfahrens im Rechtsempfinden des Volkes und weiterhin auf seine praktische Zweckmäßigkeit und Brauchbarkeit zurückzuführen. Es ist zu hoffen, daß die Neugestaltung des deutschen Mahnverfahrens im E zu weiterer Verbesserung und damit zu vermehrter Verbreitung des Mahnverfahrens führen wird.

Möge das Recht des E in gemeinsamer Arbeit mit dem österreichischen Gesetzgeber voll ausreifen, bewährte Verfahrensbestimmungen des geltenden Rechts beibehalten, des Nachbarrechts übernehmen und in nicht zu ferner Zeit als Allgemeines deutsches Recht Gesetz werden.

Lebenslauf.

Ich, Johannes Leyser, wurde am 24. November 1902 als Sohn des verstorbenen Rechtsanwalts und Notars Justizrat August Leyser zu Berlin-Charlottenburg geboren. Nach Besuch des Mommsen-Gymnasiums der Stadt Charlottenburg bestand ich im Herbst 1920 dort die Reifeprüfung. Ich widmete mich sodann während acht Semester dem Studium der Rechtswissenschaft an den Universitäten Berlin und Freiburg i. B. (S. S. 1921 und S. S. 1922). Nach längerer Unterbrechung des Studiums durch Krankheit und Banktätigkeit bestand ich im September 1927 die erste juristische Staatsprüfung am Kammergericht zu Berlin. Der anschließend begonnene Vorbereitungsdienst wurde von November 1927 bis September 1931 durch eine schwere Erkrankung, die mich zu einer mehrjährigen Kur zwang, unterbrochen. Seit 1. Oktober 1931 setze ich den Vorbereitungsdienst fort und bin seit dieser Zeit gastweise bei badischen Behörden (Amtsgericht, Landgericht, Staatsanwaltschaft), seit 1. März 1933 bei einem Rechtsanwalt beschäftigt.

St. Blasien, April 1933.

Johannes Leyser.